KONRAD LENZE

# Von der actio im Privatrechtssystem Savignys zum Streitgegenstand im Zivilprozeßrecht

1970

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547228_0034

# Von der actio im Privatrechtssystem Savignys zum Streitgegenstand im Zivilprozeßrecht

INAUGURAL–DISSERTATION

zur Erlangung des

akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch die Juristische Fakultät

der Westfälischen Wilhelms - Universität

zu Münster

vorgelegt von

KONRAD LENZE

aus Fechta/Oldenburg

1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter : Prof. Dr. Kiefner

Zweiter Berichterstatter : Dozent Dr. Kollhosser

Dekan : Prof. Dr. Stree

Tag der mündlichen Prüfung : 23. 6. 1970

# Inhaltsübersicht


| | | Seite: |
|---|---|---|
| I. | Einleitung | 1 |
| II. | Der gegenwärtige Stand der Streitgegenstandsdiskussion | 3 |
| | 1. Der Begriff des Streitgegenstandes in der ZPO | 3 |
| | 2. Das Verhältnis von materiellem und prozessualem Anspruch | 4 |
| | 3. Die rein prozessualen Streitgegenstandstheorien | 9 |
| | a. Antrag und Sachverhalt als gleichwertige Elemente des Streitgegenstandes | 9 |
| | b. Der Antrag als allein bestimmendes Element des Streitgegenstandes | 16 |
| | 4. Die materiellen Streitgegenstandstheorien | 21 |
| | a. Die Theorie von Lent | 21 |
| | b. Die Theorie von Nikisch | 24 |
| | c. Die Theorie von Henckel | 27 |
| | d. Sonstige Theorien | 28 |
| | 5. Begehren oder Rechtsbehauptung als Streitgegenstand | 30 |
| | 6. Die Verfahrensbehauptung als Teil des Streitgegenstandes | 32 |
| | 7. Das heutige Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht | 33 |
| III. | Materielles Recht, Aktionenrecht und Streitgegenstand bei Savigny und in der gemeinrechtlichen Prozeßtheorie | 36 |
| | 1. Die Grundlagen des gemeinen Prozesses | 36 |
| | 2. Die Stellung des subjektiven Rechts bei Savigny | 37 |

| | | Seite: |
|---|---|---|
| | 3. Der Begriff der actio bei Savigny und in der späteren gemeinrechtlichen Lehre | 39 |
| | 4. Die Bewährungspunkte des Streitgegenstandes in der gemeinrechtlichen Prozeßtheorie | 55 |
| | a. Die Klagenhäufung | 56 |
| | b. Die Klageänderung | 60 |
| | c. Die Rechtshängigkeit | 62 |
| | d. Die Rechtskraft | 65 |
| IV. | Der Streitgegenstand nach der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten von 1793 und nach dem Code de procédure civile | 71 |
| | 1. Der Streitgegenstand nach der AGO | 71 |
| | a. Die Klagenhäufung | 75 |
| | b. Die Klageänderung | 76 |
| | c. Die Rechtshängigkeit | 77 |
| | d. Die Rechtskraft | 78 |
| | 2. Der Streitgegenstand nach dem Code de procédure civile | 79 |
| V. | Materielles Recht und Aktionenrecht bei Windscheid. Die Kontroverse mit Muther | 82 |
| VI. | Die Auswirkungen von Windscheids Darstellung der actio | 91 |
| | 1. Die Folgen für das materielle Recht | 91 |
| | 2. Die Folgen für das Prozeßrecht | 92 |
| | a. Die Verwendung des Begriffes "Anspruch" in der ZPO | 92 |
| | b. Die Bewährungspunkte des Streitgegenstandes in der Prozeßrechtsliteratur unmittelbar nach Inkrafttreten der ZPO | 96 |

3. Die publizistischen Klagerechtstheorien 101

a. Das Aufkommen der Begriffsjurisprudenz im Bereich des Zivilprozesses 101

b. Das abstrakte Klagerecht 104

c. Die Lehre vom Rechtsschutzanspruch und ihre Bedeutung für die Streitgegenstandsdiskussion 105

VII. Die weitere Entwicklung des Streitgegenstandsproblems 112

VIII. Der behauptete materielle Anspruch als Gegenstand der Leistungsklage 122

IX. Der Streitgegenstand als immanentes Problem 129

1. Der Streitgegenstand nach den Prozeßordnungen Österreichs und der Schweiz 129

2. Der Streitgegenstand nach französischem Recht 131

3. Der Streitgegenstand nach italienischem Recht 133

4. Folgerungen 134

X. Zusammenfassung 137

# Literaturverzeichnis


Arndts — Lehrbuch der Pandekten, 12. Aufl., Stuttgart 1883

Baron — Pandekten, 5. Aufl., Leipzig 1885

Baumbach — Zivilprozeßordnung, 9. Aufl., München und Berlin 1934

Baumbach-Lauterbach — Zivilprozeßordnung, 30. Aufl., München 1970

Baur — Zuständigkeit aus dem Sachzusammenhang? Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen 1967, S. 1f.

Bayer — Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Civilprozeß, 10. Aufl., München 1869

Bernhardt — Das Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Berlin 1968

Binder — Prozeß und Recht, Leipzig 1927

Blomeyer — Beiträge zur Lehre vom Streitgegenstand, Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin, Berlin 1955, S. 51 f.

Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozeß, Festschrift für Lent, München und Berlin 1957, S. 43f.

Zivilprozeßrecht - Erkenntnisverfahren, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1963

Böcking — Pandekten des römischen Privatrechts, 2. Aufl., Bonn 1853

| | |
|---|---|
| Bötticher | Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozeß, Festschrift für Rosenberg, München - Berlin 1949, S.73 f. |
| | Buchbesprechung, MDR 1954, S. 767 |
| | Streitgegenstand und Rechtskraft unter besonderer Berücksichtigung der Wiederholung der Ehescheidungsklage, FamRZ 1957, S. 409 f. |
| | Buchbesprechung, ZZP 77 (1964), S.477 |
| Bolze | Der Anspruch, Gruch. 46 (1902), S.753f. |
| de Boor | Gerichtsschutz und Rechtssystem, Leipzig 1941 |
| | Der Begriff der actio im deutschen und italienischen Prozeß, Festschrift für Boehmer, Bonn 1954, S.99f. |
| Bruns | Zur Struktur des Prozesses, Festschrift für Schmidt - Rimpler, Karlsruhe 1957, S.237f. |
| | Zivilprozeßrecht, Berlin und Frankfurt 1968 |
| Brox | Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, JuS 1962, S. 121 f. |
| Bülow, Oskar | Die Lehre von den Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen, Giessen 1868 |
| | Die Civilprozeß-Ordnung und ihre Nebengesetze, Hannover 1879 |
| | Die neue Prozeßrechtswissenschaft und das System des Civilprozeßrechts, ZZP 27 (1900), S.201f. |
| | Klage und Urteil, ZZP 31 (1903), S. 191 f. |
| Bülow | Buchbesprechung, DNotZ 1957, S.107f. |

| | |
|---|---|
| Coing-Lawson-Grönfors | Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, Frankfurt und Berlin 1959 |
| Coing | Zur Geschichte des Privatrechtssystems, Frankfurt 1962 |
| | Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem. Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle I, Tübingen 1963, S. 25 f. |
| Conrad | Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, Karlsruhe 1966 |
| David-Grasmann | Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, München und Berlin 1966 |
| Degenkolb | Einlassungszwang und Urteilsnorm, Leipzig 1877 |
| Dernburg | Pandekten, 1.Bd., 5.Aufl., Berlin 1896 |
| Dietz | Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Köln und Bonn 1934 |
| Donau | Buchbesprechung, JR 1957, S. 39 |
| | Zur Diskussion über den Streitgegenstand im Zivilprozeß, JR 1960, S. 204 f. |
| Eichler | Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung im deutschen Recht, AcP 162 (1963), S. 401 f. |
| Eisele | Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz, AcP 79 (1892), S. 327 f. |
| Enneccerus-Lehmann | Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958 |

| | |
|---|---|
| Enneccerus-Nipperdey | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2 Bde., 15. Aufl., Tübingen 1959/60 |
| Endemann | Das Deutsche Civilprozeßrecht, Heidelberg 1868 |
| Erman | Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Münster 1967 |
| Esser | Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960 |
| Fasching | Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 3 Bde., Wien 1959, 1962, 1966 |
| Fikentscher | Schuldrecht, 2. Aufl., Berlin 1969 |
| Fischer | Der Streitgegenstand, ZZP 57 (1933), S. 340 f. |
| Fitting | Der Reichs-Civilprocess, 10. Aufl., Berlin 1906 |
| Förster | Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, Grünberg 1886 |
| Förster-Kann | Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1. Bd., 3.Aufl., Berlin 1913 |
| Forsthoff | Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1966 |
| Francke | Über den Begriff der Litispendenz im Civilprozess, AcP 16 (1833), S. 434 f. |
| Gaupp-Stein | Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., Tübingen und Leipzig 1900, 9. Aufl., Tübingen 1907 |

| | |
|---|---|
| Georgiades | Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1968 |
| Gerber | Über öffentliche Rechte, Tübingen 1852 |
| Gönner | Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände, 4 Bde., 2.Aufl., Erlangen 1804 |
| Goldschmidt | Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925 |
| Guldener | Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2.Aufl., Zürich 1958 mit II.Supplement (mitenthaltend das Supplement I) Zürich 1964 |
| | Bundesprivatrecht und Kantonales Zivilprozeßrecht, ZSR 80 (1961), S. 1 f. |
| Habscheid | Die Präklusionswirkung des rechtskräftigen Urteils, AcP 151 (1953), S. 169 f. |
| | Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bielefeld 1956 |
| Hahn-Stegemann | Die gesamten Materialien der Zivilprozeßordnung, 1. Abteilung, 2. Aufl., Berlin 1881 |
| Hasse | Über das Wesen der actio, Rheinisches Museum für Jurisprudenz, 6 (1833), S. 1f. |
| Heffter | System des römischen und deutschen Civilprozeßrechts, 2. Aufl., Bonn 1843 |
| Heilfron-Pick | Lehrbuch des Civilprozeßrechts, 1. Bd., Berlin 1904 |

| | |
|---|---|
| Hellmann, | Klagerecht, Feststellungsklage und Anspruch, Jh.Jb 31 (1892), S. 79 f. |
| Hellwig | Anspruch und Klagrecht, Leipzig 1900 |
| | Klagerecht und Klagmöglichkeit, Leipzig 1905 |
| | Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 3.Bd., Leipzig 1908 |
| | System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil, Leipzig 1912 |
| Henckel | Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961 |
| Hölder | Anspruch und Klagrecht, ZZP 29 (1901), S. 50 f. |
| Holleaux | Buchbesprechung, Revue Internationale de droit comparé 1955, S. 881 f. |
| Jauernig | Das fehlerhafte Zivilurteil, Frankfurt 1958 |
| | Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, Tübingen 1967 |
| Jörs-Kunkel-Wenger | Römisches Privatrecht, 3. Aufl., Berlin - Göttingen - Heidelberg 1949 |
| Kadel | Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage nach § 256 der Zivilprozeßordnung, Köln 1967 |
| Kaden | Buchbesprechung, SZ 60 (1940), S. 255 f. |

| | |
|---|---|
| Kant | Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, hrsg. von Karl Vorlander, Hamburg 1959 |
| Kaser | Das römische Privatrecht, 2 Bde., München 1955, 1959, |
| | In bonis esse, SZ 78 (1961), S.173 f. |
| Kaufmann | Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens, JZ 1964, S.482 f. |
| v. Keller | Pandekten, Leipzig 1861 |
| Kiefner | Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19.Jahrhundert, in Philosophie und Rechtswissenschaft, Frankfurt 1969, S.3-25 |
| Kleinfeller | Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Berlin 1905 |
| | Der Begriff "Anspruch", AcP 137 (1933), S.129 f. |
| Koch | Prozeßordnung nach ihrer heutigen Geltung, 2. Aufl., Berlin 1852, 4. Aufl., Berlin 1858, 5. Aufl., Berlin 1864 |
| | Der preußische Civilprozeß, Berlin 1848 |
| | Anleitung zur preußischen Prozeßpraxis mit Beispielen, 1. Teil, Berlin 1860 |
| | Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 6. Aufl., Berlin 1874 |
| Kralik | Die rechtliche Beurteilung im Zivilprozeß, ÖJZ 1958, S. 7 f., 34 f. |

Kummer — Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im Schweizerischen Recht, Bern 1954

Langheineken — Der Urteilsanspruch, Leipzig 1899

Larenz — Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin - Heidelberg - New York 1969

Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967

Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd., 9. Aufl., München 1968

Lent — Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, 2 Bde., Leipzig 1912/1960

Zur Abgrenzung der Anspruchsmehrheit von der Mehrheit der Klagegründe, ZZP 57 (1933), S. 1 f.

Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, Jb.ADR 1939/40, S. 206 f.

Zur Lehre vom Streitgegenstand, ZZP 65 (1952), S. 315 f.

Buchbesprechung, ZZP 67 (1954), S. 393 f.

Zivilprozeßrecht, 5. Aufl., München und Berlin 1953, 9. Aufl., München und Berlin 1959

Lent-Jauernig — Zivilprozeßrecht, 14. Aufl., München 1969

Leonhard — Der Anspruchsbegriff des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, ZZP 15 (1891), S. 327 f.

Liebs — Die Herkunft der "Regel" bis de eadem re ne sit actio, SZ 84 (1967), S. 104 f.

| | |
|---|---|
| Linde | Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses,<br>7. Aufl., Bonn 1850 |
| Löwisch | Die historische Entwicklung des Streitgegenstandes - auf der Grundlage des römischen und seit der Geltung des gemeinen Rechts,<br>Diss. Münster 1967 |
| Lohmann | Vertraglicher Ausschluß des "Rechtsweges",<br>Diss. Münster 1965 |
| Lüke | Zum Streitgegenstand im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozeß,<br>JZ 1960, S. 203f. |
| Martin | Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses,<br>12. Aufl., Heidelberg 1838,<br>13. Aufl., Heidelberg 1862 |
| Mayer | Der Prozeßanspruch,<br>ZZP 53 (1928), S. 209 f. |
| Morel | Traité élémentaire de procédure civile,<br>2.Aufl., Paris 1949 |
| Mühl | Die Bedeutung des Sachverhalts für den Begriff des Streitgegenstandes bei Leistungsklagen in der Rechtsprechung,<br>NJW 1954, S.1665 f. |
| Mühlenbruch | Lehrbuch des Pandektenrechts,<br>1. Teil, 3. Aufl., Halle 1835 |
| Muther | Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiskontestation und der Singularsukzession in Obligationen,<br>Erlangen 1857 |
| Neumann | Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen,<br>4. Aufl., Wien 1927/1928 |
| Neuner | Privatrecht und Prozeßrecht,<br>Mannheim - Berlin - Leipzig 1925 |

Neussel — Anspruch und Rechtsverhältnis, Mainz 1952

Nikisch — Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, Tübingen 1935

Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952

Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, AcP 154, (1955) S. 269 f.

Buchbesprechung, AcP 156 (1957), S. 71 f.

Novak — Urteilsbesprechung, JBl. 1962, S. 510 f.

Osterloh — Lehrbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Civilprozesses, 2 Bde., Leipzig 1856

Palandt — Bürgerliches Gesetzbuch, 29. Aufl., München 1970

Peter — Actio und Writ, Tübingen 1957

Petersen — Die Civilprozeß-Ordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, 2. Aufl., Lahr 1883, 4. Aufl., Lahr 1899

Über eventuelle Klagebegehren und Rechtsmittel, sowie die eventuelle Verbindung von mehreren Klagegründen, ZZP 16 1891), S. 493 f.

Plosz — Beiträge zur Theorie des Klagerechts, Leipzig 1880

Pohle — Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, Festschrift für Lent, München und Berlin 1957, S. 195 f.

| | |
|---|---|
| Pollak | System des österreichischen Zivilprozeßrechts,<br>2. Aufl., Wien 1932 |
| Puchta | Pandekten,<br>9. Aufl., Leipzig 1863 |
| | Cursus der Institutionen,<br>8. Aufl., Leipzig 1875 |
| Regelsberger | Pandekten,<br>Leipzig 1893 |
| Reincke | Die Deutsche Civilprozeßordnung,<br>Berlin 1885 |
| Renaud | Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprozeßrechts mit Rücksicht auf die neuere Civilprozeßgesetzgebung - Der ordentliche Prozeß,<br>Leipzig und Heidelberg 1867 |
| Rimmelspacher | Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß,<br>Göttingen 1966 |
| Robinow | Zur Lehre vom Streitgegenstand,<br>Diss. Hamburg 1934 |
| Rosenberg | Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts,<br>1. Aufl., Berlin 1927,<br>9. Aufl., München und Berlin 1961 |
| Rosenberg-Schwab | Zivilprozeßrecht,<br>10. Aufl., München 1969 |
| Rosenberg | Zur Lehre vom Streitgegenstand,<br>Festgabe für Richard Schmidt,<br>Leipzig 1932, S. 256 f. |
| | Erwiderung,<br>ZZP 57 (1933), S. 76 f. |
| v. Savigny | System des heutigen Römischen Rechts,<br>8 Bde., Berlin 1840 f. |

| | |
|---|---|
| Schlink | Commentar über die französische Civilprozeßordnung, 2 Bde., 2. Aufl., Koblenz 1856 |
| Schlosser | Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966 |
| Schmidt, Richard | Die Klageänderung, Leipzig 1888 |
| | Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Leipzig 1906 |
| Schmidt, Rudolf | Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, München 1915 |
| Schönke | Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 7. Aufl., Karlsruhe 1951 |
| Schönke-Schröder-Niese | Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe 1956 |
| Schönke-Kuchinke | Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., Karlsruhe 1969 |
| Schüler | Der Urteilsanspruch, Tübingen 1921 |
| Schulz | Prinzipien des römischen Rechts, München und Leipzig 1934 |
| Schwab | Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, München und Berlin 1954 |
| | Buchbesprechung, ZZP 71 (1958), S. 155 f. |
| | Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand, JuS 1965, S. 81 f. |
| Seckel | Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, Festgabe der Juristischen Gesellschaft in Berlin für Richard Koch, Berlin 1903 |

| | |
|---|---|
| Seuffert | Kommentar zur Civilprozeßordnung, 1. Bd., 8. Aufl., München 1902 |
| Seuffert-Walsmann | Kommentar zur Zivilprozeßordnung, München 1932/33 |
| Simshäuser | Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny, Bielefeld 1965 |
| Soergel-Siebert | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. und 2.Bd., 10. Aufl., Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1967 |
| v. Staudinger | Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., Berlin 1955 f. |
| Stein | Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage, Festgabe für Fitting, Halle 1903, S. 333 f. |
| Stein-Jonas | Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1.Bd., 15. Aufl., Tübingen 1934 |
| Stein-Jonas-Schönke-Pohle | Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 2 Bd. 18. Aufl., Tübingen 1952 ff. |
| Stein-Jonas-Pohle | 19. Aufl., Tübingen 1964 ff., fortgeführt von Grunsky, Leipold, Münzberg, Schlosser, Schumann |
| Struckmann-Koch | Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1. Aufl., Berlin 1878 |
| Thomas-Putzo | Zivilprozeßordnung, 4. Aufl., München 1970 |
| Vangerow | Lehrbuch der Pandekten, 1. Bd., 7. Aufl., Marburg und Leipzig 1876 |

Vonlanthen — Zum rechtsphilosophischen Streit über das Wesen des subjektiven Rechts, Zürich 1964

Wach — Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, 1. Bd., Leipzig 1885

Der Feststellungsanspruch, Leipzig 1889

Der Rechtsschutzanspruch, ZZP 32 (1904), S. 1 f.

Wächter — Pandekten, 1. Bd., Leipzig 1880

Weismann — Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Bd., Stuttgart 1903

Wetzell — System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Aufl., Leipzig 1878

Wieacker — Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., Göttingen 1967

Wieczorek — Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Handkommentar 2.Aufl., Berlin 1966

Wilhelm — Zur juristischen Methodenlehre des 19. Jahrhunderts. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft, Frankfurt 1958

Windscheid — Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856

Die Actio. Abwehr gegen Dr. Theodor Muther, Düsseldorf 1857

Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Aufl., Düsseldorf 1873, 7. Aufl., Frankfurt 1891

| | |
|---|---|
| Wolf | Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4.Aufl., Tübingen 1963 |
| Zachariae von Lingenthal-Crome | Handbuch des französischen Zivilrechts, 1. Bd., 8. Aufl., Freiburg 1894 |

# A b k ü r z u n g e n

| | |
|---|---|
| AcP | Archiv für civilistische Praxis |
| AGO | Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten |
| ALR | Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten |
| a.M. | anderer Meinung |
| Anm. | Anmerkung |
| Aufl. | Auflage |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGE | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen |
| C.C. | Code civil |
| Cod.proc.civ. | Code de procédure civile |
| D. | Digesten |
| Diss. | Dissertation |
| DNotZ | Deutsche Notarzeitschrift |
| Einl. | Einleitung |
| EheG | Ehegesetz |
| FamRZ | Ehe und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht |
| Gruch. | Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts |
| hM | herrschende Meinung |
| JbADR | Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht |
| JBl | Juristische Blätter |

| | |
|---|---|
| Jh.Jb. | Jherings Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (jetzt: des Bürgerlichen Rechts) |
| JN | Jurisdiktionsnorm (Österreich) |
| JRA | Jüngster Reichsabschied |
| JuS | Juristische Schulung |
| JR | Juristische Rundschau |
| JZ | Juristenzeitung |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| ÖJZ | Österreichische Juristenzeitung |
| RG | Reichsgericht |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| SZ | Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung |
| Tit. | Titel |
| ZPO | Zivilprozeßordnung |
| ZSR | Zeitschrift für Schweizer Recht |
| ZZP | Zeitschrift für Zivilprozeß |

## I. Einleitung

Eine der umstrittensten Fragen der Zivilprozeßrechtswissenschaft, wenn nicht die umstrittenste überhaupt, ist die Lehre vom Streitgegenstand oder prozessualen Anspruch. Nach den eingehenden Untersuchungen von Nikisch [1], Schwab [2], Habscheid [3] und Henckel [4] sowie den mannigfachen Stellungnahmen in Lehrbüchern und Aufsätzen bedarf eine Dissertation, die schon vom Titel her auf den Streitgegenstand Bezug nimmt, einer besonderen Rechtfertigung, besteht doch die Gefahr, daß sie bei der Vielzahl der Theorien das Mißverhältnis zwischen Angebot und Nachfrage nur noch vergrößert.

Ziel des Verfassers ist es daher nicht, die gesamte subtile Streitgegenstandsproblematik in allen Einzelheiten zu erörtern, Meinungen zu verwerfen und im Anschluß daran eine neue Streitgegenstandsdefinition zu bringen.

Die vorliegende Arbeit will vielmehr den Versuch unternehmen, den dogmengeschichtlichen Weg und seine Hintergründe aufzuzeigen, den das Streitgegenstandsproblem genommen hat. [5] Dieser beginnt mit der gemeinrechtlichen actio zu Beginn des 19.Jahrhunderts, besonders der actio Savignys, die mit dem subjektiven materiellen Recht eine Einheit bildete, als Gegenstand des Verfahrens [6] und führt über den materiellen Anspruch Windscheids und den Rechtsschutzanspruch zum ausschließlich pro-

---

1 Streitgegenstand 1935
2 Streitgegenstand 1954
3 Streitgegenstand 1956
4 Parteilehre 1961
5 Dieser Aspekt des Streitgegenstandsproblems ist bisher, auch bei Nikisch und Habscheid, die auf die historischen Zusammenhänge beiläufig eingehen, zu kurz gekommen.
6 Ein ausführliches Zurückgehen auf den römischen Prozeß - so aber Löwisch, Diss. - ist nicht notwendig. Denn die eingliedrigen actiones des klassischen römischen Rechts kann man nicht mit dem heutigen Streitgegenstand vergleichen, da der römische Prozeß mit den actiones im Mittelpunkt sich grundlegend vom modernen Prozeß unterscheidet.

zessualen Anspruch der herrschenden Lehre. Die Entwicklung von der gemeinrechtlichen actio zum prozessualen Anspruch kennzeichnet die Ursache des Streits um den Streitgegenstand.

Verfolgt man die Entstehung und Entwicklung des Streitgegenstandsproblems, so wird deutlich, worauf die unterschiedlichen Meinungen beruhen. Daneben lassen sich aus einer historischen Darstellung Anregungen für eine prozeßgerechte und der ZPO angemessene Lösung des Streitgegenstandsproblems gewinnen.

Die Entwicklung zum prozessualen Anspruch ist gleichzeitig ein Teil der Entwicklung der Verhältnisse von materiellem Recht und Prozeßrecht und dessen "Emanzipation aus den Fesseln zivilistischen Denkens." [1] Auf das Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht im Rahmen des Streitgegenstandes wurde besonderes Gewicht gelegt, da noch ungeklärt ist, ob der Streitgegenstand rein prozessual zu bestimmen ist oder ob und gegebenenfalls wie er am materiellen Recht orientiert sein muß.

Damit wird am Rand zugleich die Frage aufgeworfen, ob der Streitgegenstand ein jeder Zivilprozeßordnung immanentes Problem ist oder sich dieses nur aus der Besonderheit der deutschen ZPO ergibt.

Die Darstellung beginnt mit einem Überblick über den gegenwärtigen Stand der Meinungen. Er soll zeigen, worin die besondere Problematik des Streitgegenstandes liegt und welche Fragen bei der Erörterung seiner Geschichte und Entwicklung der besonderen Beachtung bedürfen. [2]

---

1 Jauernig, Zivilurteil, S.1

2 Schwab und Habscheid haben sich zwar eingehend mit den verschiedenen Meinungen auseinandergesetzt. Gleichwohl soll, nachdem sie die Diskussion so entscheidend beeinflußt haben, auf eine eigene Darstellung nicht verzichtet und eine Dreiteilung der verschiedenen Lehren versucht werden; ähnl. Schwab, JuS 65, S. 81 ff.
Gegen eine solche Einteilung Jauernig S. 81 f
Verhandlungsmaxime, S. 73

## II. Der gegenwärtige Stand der Streitgegenstandsdiskussion

### 1. Der Begriff des Streitgegenstandes in der ZPO

Die ZPO verwendet für den Streitgegenstand als Gegenstand des Verfahrens sowohl der Leistungs- als auch Feststellungs- und Gestaltungsklage verschiedene Ausdrücke, in erster Linie den des Anspruchs, ohne ihn aber wie das BGB zu definieren. Durch die Klage oder Widerklage wird ein Anspruch erhoben [1] oder geltend gemacht.[2] Der Anspruch ist streitig [3] und er wird anerkannt.[4] Er wird von der Rechtshängigkeit ergriffen [5] und die Entscheidung über den Anspruch erwächst in materielle Rechtskraft.[6]

Die ZPO spricht auch unmittelbar vom Streitgegenstand, so in den §§ 2 und 3 von seinem Wert, in § 81 von der Verzichtleistung auf den Streitgegenstand. In den §§ 60 und 148 heißt es, daß Ansprüche und Verpflichtungen oder ein Rechtsverhältnis den Gegenstand des Rechtsstreits bilden. Nach § 1025 Abs.1 ist ein Schiedsvertrag nur zulässig, wenn die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich zu schließen. An anderer Stelle heißt es, daß ein streitiges Rechtsverhältnis festgestellt werden soll [7] oder es wird vom Streitverhältnis gesprochen.[8]

Für den Gegenstand des Verfahrens gibt es weiterhin den Begriff der Streitsache [9], so wenn in § 263 Abs.1 Nr.1 von der Rechtshängigkeit der Streitsache die Rede ist, hingegen spricht

---

1 §§ 253 Abs. 2 Nr. 2,322 Abs. 1,506.
2 §§ 5,33,64,81,83,106 Abs.2 S.1,265,592.
3 §§ 118a Abs.3.
4 §§ 81,83,307.
5 § 281.
6 § 322; vgl.die Übersicht bei Nikisch, Streitgegenstand, S.40,41; Schwab, Streitgegenstand, S.2; Habscheid, Streitgegenstand,S.18; Rosenberg, Lehrbuch, § 88 I 1.
7 § 62; vgl.auch §§ 606,640.
8 §§ 118 Abs.3; 139 Abs. 1 S.2; dazu Habscheid, a.a.O.,S.18.
9 Vgl. aber auch Nikisch, a.a.O.,S.54, der als Streitsache den prozessualen Anspruch verbunden mit dem Rechtsschutzziel ansieht.

§ 147 von dem Gegenstand des Prozesses.

All diese Begriffe, Anspruch der ZPO, Streitgegenstand sowie Streitsache bezeichnen den Gegenstand des zivilprozessualen Verfahrens. Für ihn hat sich der Ausdruck Streitgegenstand in der zivilprozessualen Dogmatik durchgesetzt. Der Anspruch der ZPO sowie der Streitgegenstand meinen dasselbe. [1]

Die Bedeutung des Meinungsstreits, was Streitgegenstand der ZPO ist, wie er zu bestimmen ist, welches seine charakterisierenden Elemente sind und wie er zum materiellen Recht abzugrenzen ist, liegt darin, daß die Klagenhäufung, Klageänderung, Umfang der Rechtshängigkeit und Rechtskraft inhaltlich vom Streitgegenstand bestimmt werden. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit richten sich nach dem Streitgegenstand, der für den Umfang der Verhandlung, Beweisaufnahme und Entscheidung maßgebend ist. Verschiedene Auffassungen über den Streitgegenstand führen, wenn auch nicht zwangsläufig, zu unterschiedlicher Beurteilung dieser für die gerichtliche Praxis so wichtigen Rechtsinstitute. So werden Klagenhäufung, Klageänderung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft als "Bewährungspunkte des Streitgegenstandes" bezeichnet, an denen jede Streitgegenstandsdefinition zu messen sei. [2]

Alle Autoren, die das Streitgegenstandsproblem behandeln, nehmen auf diese Punkte besonderen Bezug. [3] Ihre Streitgegenstandsbestimmungen sind von dem Bemühen getragen, im Rahmen der ZPO der Prozeßwirklichkeit und -ökonomie gerecht zu werden und praktikable und brauchbare Ergebnisse zu erzielen. Ihnen liegt auch das Bestreben zugrunde, dem Prozeßrecht gegenüber dem materiellen Recht eine eigene Substanz zuzuweisen.

2. Das Verhältnis von materiellem und prozessualem Anspruch

Es fällt auf, das ungeklärt ist, wie weit der prozessuale An-

---

1 Nikisch, a.a.O., S.20 Fn.2 und S.41; Schwab, Streitgegenstand, S.2,3,185; JuS 1965, S.81; Habscheid, a.a.O.,S.18,19;Rosenberg, Lehrbuch, §§ 88 I 1b;der Sache nach Henckel,Parteilehre,S.253.

2 Schwab, Streitgegenstand, S.3; s.auch Donau,JR 1960, S.204.

3 So besonders Nikisch, Schwab und Habscheid, die ihre Untersuchungen darauf aufgebaut haben.

spruch vom materiellen Recht zu lösen, ob und gegebenenfalls wie er an ihm zu orientieren ist.

Einigkeit besteht in der heutigen Streitgegenstandsdiskussion lediglich darüber, daß für alle Klagearten der Anspruch der ZPO mit dem des materiellen Rechts nicht identisch ist. [1]

Der Grund liegt einmal darin, daß der Feststellungsklage nach der heute ganz h.M. [2] im Gegensatz zur gemeinrechtlichen Auffassung [3] und auch noch der Meinung der Gesetzesverfasser, [4] und ebenso der Gestaltungsklage [5] keine materiellen Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten auf Anerkennung des Behaupteten zugrundeliegen, der Streitgegenstand aber für alle Rechtsschutzformen ein einheitlicher Begriff sein soll. [6] Diese

---

1 Nikisch, Streitgegenstand, S.41 f; Zivilprozeßrecht § 42 I2; Schwab, Streitgegenstand, S.2 f; JuS 1965 S.81; Habscheid, Streitgegenstand, S.28,29,113; Henckel, Parteilehre, S.253f; Rosenberg, Lehrbuch, §§ 88 I 2b; Bernhardt, Zivilprozeßrecht, § 29 IV; Bruns, Zivilprozeßrecht, § 26; Brox, JuS 1962, S. 121; Stein-Jonas-Pohle[19] Einl. E III 1b.

2 Siehe besonders Nikisch, Streitgegenstand, S.42; Zivilprozeßrecht, a.a.O.; Schwab, Streitgegenstand, S.2; JuS 1965, S.82; Henckel, Parteilehre, S.255; Rosenberg, Lehrbuch a.a.O.

3 Windscheid, actio, S.17; a.M. später in Pandekten[9] I, S.103; kritisch zur gemeinrechtlichen Auffassung Wach, Feststellungsanspruch, S.5 f.; Handbuch I, S.16 f.; Langheineken, Urteilsanspruch, S.127 f.; Legenkolb, Einlassungszwang, S.168 f.

4 Siehe Hahn-Stegemann, Materialien I, S.257.

5 Schlosser, Gestaltungsklagen, S.33-35; Thomas-Putzo, § 253 Vorb.II 3; Nikisch, Zivilprozeßrecht, § 40 II; Enneccerus-Nipperdey, Allgem.Teil, § 225 III; Stein-Jonas-Schumann-Leipold[19] vor § 253 II 3b;
davon zu unterscheiden ist das subjektive private Recht auf Rechtsänderung wie es Nikisch, a.a.O., Rosenberg, Lehrbuch, § 87 (im Gegensatz zu seiner Streitgegenstandsdefinition § 88 II) vertreten. Gegen ein materielles Recht auf Rechtsänderung überzeugend Henckel, Parteilehre, S.31 f.

6 Nikisch, Streitgegenstand, S.42; Schwab, Streitgegenstand, S.73:"Das Ziel jeder Streitgegenstandslehre muß es sein, einen einheitlichen Begriff des Streitgegenstandes zu finden, der sich bei allen Klagen und bei allen Einrichtungen bewährt, für die der Streitgegenstand von Bedeutung ist."
Ähnlich Rosenberg, Lehrbuch § 88 I 2 b.
Zweifelnd Henckel, a.a.O. S. 282: "Vielmehr muß umgekehrt der historische Ausgangspunkt Anlaß geben, den Streitgegenstand aller Rechtsschutzformen möglichst einheitlich zu fassen und von dem Leitbild des Gesetzgebers nur dort abzuweichen, wo es die prozessuale Einordnung der Rechtsschutzformen gebietet."
Kritisch ebenfalls Bernhardt, a.a.O.; Jauernig, Verhandlungsmaxime, S.7.

Forderung hat den Streit um den Streitgegenstand immer wieder neu belebt und zu neuen Definitionen geführt. Ob die einheitliche Bestimmung des Streitgegenstandes für alle Klagearten notwendig und bei der Verschiedenheit der Rechtsschutzformen überhaupt möglich ist, soll am Schluß dieser Darstellung erörtert werden.

Zum anderen geht es im Prozeß immer nur um behauptete Rechte. Auch wenn sich im Prozeßverlauf herausstellt, daß dem Kläger kein materieller Anspruch zusteht, hat der Prozeß einen Streitgegenstand gehabt, denn dieser ist unabhängig vom Ausgang des Verfahrens.[1] Das allein ist aber kein Grund, das materielle Recht nicht als Streitgegenstand anzusehen, da man diesem Umstand dadurch Rechnung tragen kann, daß das behauptete materielle Recht Streitgegenstand ist.[2]

Als gewichtigstes Argument gegen eine Identifizierung des prozessualen Anspruchs mit dem materiellen Anspruch wird das Problem der materiellrechtlichen Anspruchskonkurrenz angeführt.[3]

Dies möge ein in der Streitgegenstandsdiskussion immer wieder erörterter Fall verdeutlichen.[4]

Ein Fahrgast wird bei einem Straßenbahnunfall verletzt. Ihm könnte daraufhin ein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung, unerlaubter Handlung und nach dem Reichshaftpflichtgesetz zustehen.

Die heute noch herrschende Meinung geht von einer Anspruchs-

---

1 Vgl. Nikisch, Streitgegenstand, S.17; Schwab, JuS 1965, S.82; Habscheid, a.a.O., S. 113 ff.; Henckel, a.a.O., S.253; Rosenberg, Lehrbuch, § 88 I 2.

2 Schwab, a.a.O.; Habscheid, a.a.O. S.117; Bruns, Zivilprozeßrecht § 26

3 Nikisch, a.a.O., S.91; Schwab, Streitgegenstand, S.13,14,16; JuS 1965, S.82; Habscheid, a.a.O., S.129,130; Henckel,a.a.O., S.256 f.; Rosenberg, Lehrbuch § 88 II 3a.

4 Siehe z.B. Schwab, JuS 1965, S.82; Habscheid, a.a.O.,S.74; Donau, JR 1960, S.204; Thomas-Putzo, Einl.II 6; Bernhardt, Zivilprozeßrecht, § 29 IV; Henckel, Parteilehre, S.266.

konkurrenz aus. [1] Sie nimmt an, daß jeder Haftungsgrund einen selbständigen Anspruch erzeugt. Obwohl die verschiedenen Ansprüche auf das gleiche Ziel gerichtet sind, sollen sie bis zur Erfüllung selbständig nebeneinanderstehen, einzeln geltend gemacht, sogar einzeln abgetreten oder erlassen werden können.

Würde man in einem solchen Fall materiellrechtlicher Anspruchskonkurrenz auch mehrere prozessuale Ansprüche annehmen, so liefe das bei konsequenter Durchführung darauf hinaus, daß über jeden einzelnen von ihnen entschieden würde.

Die Rechtshängigkeit des vertraglichen Anspruchs würde einer Klage aus dem Reichshaftpflichtgesetz und einer weiteren aus unerlaubter Handlung nicht entgegenstehen, und nur jeweils die einzelnen Ansprüche erwüchsen in materielle Rechtskraft.

Die berechtigte Kritik der Zivilprozessualisten, die aus diesem Grund eine Gleichstellung des materiellen mit dem prozessualen Anspruch ablehnen, hat in der letzten Zeit dazu geführt, das Problem der materiellrechtlichen Anspruchskonkurrenz im Hinblick auf den Zivilprozeß neu zu durchdenken. [2] Anstoß war die Forderung Nikischs, daß die "zivilrechtliche Dogmatik endlich wieder mit dem Prozeßrecht in die unerläßliche Übereinstimmung gebracht" werde. [3] Unter Berücksichtigung zivil-

---

1 In der strengsten Form Dietz, Anspruchskonkurrenz, S.125 f; insbes.S.139 selbständiger Erlaß, S.140 Abtretung, S.169 Rechtshängigkeit, S.170 Klageänderung, S.172 Rechtskraft; Rudolf Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, S.183, Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 232; Enneccerus-Nipperdey,Allg.Teil § 228 III; Palandt-Thomas, Anm.2 vor § 823; Erman-Drees, Anm.3 c (bb) vor § 823; Soergel-Augustin, § 194 Anm.7; BGHZ 9 S.302; 24 S.191.

2 Besonders Georgiades, Anspruchskonkurrenz, hat sich um eine Neuorientierung bemüht.

3 AcP 154, S.283; Ob Nikisch damit das Prozeßrecht gegenüber dem materiellen Recht als das Prius ansieht, erscheint zweifelhaft. Vielmehr ist anzunehmen, daß er eine unterschiedliche Handhabung eines sowohl im Prozeß- als auch im Zivilrecht vorkommenden Begriffes vermeiden will und eine Anpassung der zivilprozessualen Anspruchsdigmatik an die zivilrechtliche aus prozeßökonomischen Gründen nicht für zweckmäßig und möglich hält.

prozessualer Gesichtspunkte empfiehlt Larenz, statt von einer Mehrheit von Ansprüchen von einem einheitlichen Anspruch zu sprechen, der mehrmals begründet sei. [1] Auch Georgiades geht von einem einheitlichen Anspruch aus. Seiner Auffassung nach sind es in diesem Fall nicht die Ansprüche, sondern die Anspruchsnormen, die miteinander konkurrieren. Es liege daher statt einer Anspruchskonkurrenz eine Anspruchsnormenkonkurrenz vor. [2] Anspruchskonkurrenz soll nur noch gegeben sein, wenn Ansprüche zwischen denselben Personen sich zwar auf das gleiche wirtschaftliche Ziel richten und nur ein Anspruch erfüllt zu werden braucht, die Ansprüche aber dennoch für sich selbständig sind, so bei der Herausgabeklage aus Eigentum und Vertrag.[3] In einem solchen Fall handelt es sich um zwei prozessuale Ansprüche, die eventuell gehäuft werden. Die prozessuale Anspruchshäufung und die zivilrechtliche Anspruchskonkurrenz entsprechen einander.

Die Annahme mehrerer prozessualer Ansprüche bei Vorliegen mehrerer materieller auf das gleiche Ziel gerichteter Ansprüche würde weiter bedeuten, daß der Kläger seine materiellen Ansprüche rechtlich qualifizieren müßte, was einer aktionenrechtlichen Betrachtungsweise gleichkäme. [4] Das heutige Prozeßrecht geht von den Grundsätzen "iura novit curia" und "da mihi facta, dabo tibi ius" aus und verlangt vom Kläger im Gegensatz zum Individualisierungsgrundsatz des römischen Aktionensystems nur die Stellung eines bestimmten Antrages sowie das Vorbringen von Tatsachen, die nach Ansicht des Klägers den Antrag rechtfertigen. [5]

---

1 Schuldrecht II, § 69 VI, § 58 III; Methodenlehre, S.173 Fn.1; Allg.Teil S.128 Fn1; im Ergebnis ebenso Staudinger-Weber, Einl.§241 C 29; Esser, Schuldrecht[2] § 23,2; § 201, 3g; in der dritten Auflage äußert sich Esser nicht zu diesem Problem; Eichler, AcP 162,S.417; Fikentscher, Schuldrecht § 102 V 1a; Bruns, Struktur, S.252; Bernhardt, Zivilprozeßrecht, § 29 IV.

2, a.a.O., S.164, 167 f.

3 a.a.O., S.164, 219 f.

4 Vgl.Kaufmann, JZ 1964,S.488; Bruns,Zivilprozeßrecht, § 26; zum aktionenrechtlichen Denken besonders de Boor, Gerichtsschutz, S.10 f.; Der Begriff der actio, S.103.

5) Daß im Fall besonderer Gerichtsstände die Berufung auf einen bestimmten materiellen Anspruch zulässig sein soll,vermag diese grundsätzliche Feststellung nicht zu erschüttern. Dafür Habscheid,Streitgegenstand S.154; Schwab, S.155 f; Rosenberg, § 33 II 2; Blomeyer, Berliner Festschrift, S.76. Dagegen Nikisch,Streitgegenstand, S.156 f.; Georgiades,a.a.O., S.271 f.; Baur, Zuständigkeit aus dem Sachzusammenhang,S.1 f.

3. Die rein prozessualen Streitgegenstandstheorien

Die Gründe gegen die Gleichsetzung des prozessualen mit dem materiellen Anspruch haben zunächst Rosenberg in der ersten Auflage seines Lehrbuches von 1927 [1] und später weitere Zivilprozeßrechtswissenschaftler veranlaßt, den Streitgegenstand so zu bestimmen, daß der materielle Anspruch in ihm nicht enthalten ist, und sich in der Lehre vom prozessualen Anspruch ganz vom materiellen Recht zu lösen. Da die Anhänger einer rein prozessualen Streitgegenstandslehre es für unzulässig halten, den behaupteten materiellen Anspruch als Streitgegenstand anzusehen, haben sie die charakterisierenden Elemente des prozessualen Anspruchs und sein Verhältnis zum materiellen Recht festzulegen.

a. Antrag und Sachverhalt als gleichwertige Elemente des Streitgegenstandes

Nach einer verbreiteten, von Rosenberg begründeten Ansicht [2] bilden der Antrag und der Sachverhalt die gleichwertigen Elemente prozessualen Anspruchs. [3] Habscheid als Anhänger eines

---

1 § 87

2 Lehrbuch[1] § 87 II; später hat Rosenberg diese Meinung aufgegeben und folgt nunmehr der Auffassung Schwabs vom eingliedrigen Streitgegenstand

3 Schönke-Schröder-Niese, § 47 I; Baumbach-Lauterbach, § 2 Anm. 2 A; allerdings unklar; Schönke-Kuchinke, § 39 I; Lüke, JZ 1960, S.203 f.; Mühl, NJW 1954,S.1665; Stein-Jonas-Schönke-Pohle,[18] § 253 III 2; abweichend in der 19.Aufl.; Schumann-Leipold, § 253 III 2, die nicht so sehr auf Antrag und Sachverhalt, sondern mehr auf den Antrag abstellen; siehe auch Habscheid,Streitgegenstand,S.208 f.; Thomas-Putzo, Einl. II 7.
Der Standpunkt der Rechtsprechung ist uneinheitlich. Der Bundesgerichtshof (z.B. BGHZ 8,47; 9,27; ZZP 75, S.458 neigt ebenso wie zuvor das Reichsgericht (z.B. RGZ 118, 263; 153,215) zu einer rein prozessualen Betrachtungsweise. Die Bedeutung des Sachverhalts für den Streitgegenstand wird jedoch unterschiedlich betont. Der Bundesgerichtshof tritt sowohl für einen zweigliedrigen Streitgegenstand (BGHZ 9,22; 8,47) als auch einen eingliedrigen, wie Schwab, ein, so ZZP 75, S.458. Eine grundlegende Entscheidung der Obergerichte, die sich speziell mit dem Streitgegenstand zu befassen hatte, liegt bisher nicht vor. Fast jeder Autor vermag seine Streitgegenstandsauffassung auf irgendein Urteil des Reichsgerichts oder des Bundesgerichtshofs zu stützen. Zur Rechtsprechung siehe auch Habscheid, a.a.O., S.75 f.

zweigliedrigen Streitgegenstandes modifiziert den Sachverhalt als sogenannten Lebenssachverhalt, die Summe aller vom Kläger vorgetragenen Tatsachen, die die Kläger-Beklagtenbeziehung betreffen. [1]

Der Antrag gilt als bestimmendes Element des Streitgegenstandes, weil das Begehren des Klägers sich regelmäßig aus dem Klagantrag ergibt. [2] Aus § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, der von der Klageschrift neben der bestimmten Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs einen bestimmten Antrag verlangt, wird der Schluß gezogen, daß der Antrag den prozessualen Anspruch mitbestimmt. [3]

Diese Vorschrift soll den Kläger weiterhin veranlassen, den Rechtsstreit in der Klageschrift bereits darzulegen, damit der Beklagte sich auf seine Verteidigung einrichten könne. Es werde nicht über eine abstrakte Rechtsbehauptung, sondern über die aus einem bestimmten Sachverhalt abgeleitete Rechtsbehauptung gestritten. [4] Deshalb grenze der Klagegrund den Streitgegenstand in tatsächlicher Hinsicht ab. Der Streitgegenstand müsse daher für alle Klagearten zweigliedrig sein. [5]

Damit wird zugleich die Methode Habscheids klar. Er entwickelt den Streitgegenstand "aus dem jeweiligen Prozeßsystem unter Berücksichtigung der einzelnen ihn betreffenden Bestimmungen und der tragenden Grundgedanken des Verfahrensrechts." [6] Im Anschluß daran überprüft er den so gewonnenen Streitgegenstandsbegriff an seinen Bewährungspunkten.

Der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff ist rein prozessual und losgelöst vom materiellen Recht. Begriffe des materiellen Rechts lassen sich auf ihn nicht übertragen. Er ist kein subjektives privates Recht, sondern eine selbständige Erscheinung

---

1 a.a.O. S.250; ähnlich Thomas-Putzo, Einl.II 7
2 Besonders Habscheid, a.a.O., S.143; Thomas-Putzo, a.a.O.
3 Habscheid, a.a.O., S.109
4 Habscheid, Streitgegenstand, S.200.
5 Habscheid, a.a.O., S.192, 195, 208.
6 a.a.O., S.108.

des Prozeßrechts. [1] Der Sachverhalt als Bestandteil des Streitgegenstandes dient nicht dazu, den prozessualen Anspruch materiellrechtlich zu kategorisieren, wenn dies auch gelegentlich anklingt. Er ist im Prinzip nicht auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale eines bestimmten materiellrechtlichen Anspruchs zugeschnitten. [2]

Das Privatrecht bietet nur die Regeln, nach denen der Richter zu entscheiden hat. Er mißt den Streitgegenstand am materiellen Recht und hat bei seinen Entscheidungen alle rechtlichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Zwischen dem materiellen Recht und dem prozessualen Anspruch besteht während des Prozesses ein Spannungsverhältnis, das mit dem Urteil aufgelöst wird, denn mit dem rechtskräftigen Urteil erledigt sich der prozessuale Anspruch. [3] Das der Klage stattgebende Urteil stellt rechtsverbindlich fest, daß dem Kläger ein Anspruch im Sinne des materiellen Rechts zusteht. [4]

Gelten Antrag und Sachverhalt als gleichwertige Elemente des Streitgegenstandes, so muß bei konsequenter Durchführung die Häufung oder Änderung eines Elements oder auch beider bei allen Klagearten zur Anspruchshäufung bezw. zur Klageänderung führen. Das erkennen zwar die Anhänger des zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffes grundsätzlich an; gleichwohl bestehen in den Fragen der Anspruchshäufung, Klageänderung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft zum Teil tiefgreifende Meinungsverschiedenheiten. [5]

Diese sind auf unterschiedliche Auffassungen zu den genannten Instituten des Prozeßrechts, mehr aber darauf zurückzuführen, daß nicht eindeutig klar ist, wann noch ein Sachverhalt oder schon zwei verschiedene Sachverhalte vorliegen, oder wann ein

---

1 Thomas-Putzo, Einl. II; Stein-Jonas-Schönke-Pohle[19] Einl. E III 1c; Pohle vertritt neuerdings den Rechtsschutzanspruch; dazu später.
2 Vgl. Lüke, JZ 1960, S.204.
3 Habscheid, Streitgegenstand, S.124.
4 Habscheid, a.a.O.,S.126;daraus läßt sich nicht der Schluß ziehen,daß Habscheid die materielle Rechtskraftstheorie vertritt.
5 Vgl.auch den umfassenden Überblick bei Schwab,Streitgegenstand;JuS 1965,S.81 f.; Habscheid, Streitgegenstand, § 13

einheitlicher Lebenssachverhalt anzunehmen und wie dieser abzugrenzen ist, besonders, wenn der Sachverhalt unvollständig ist. [1] Der Streitgegenstand gestaltet sich in diesem Stadium zu einem Identitätsproblem und führt nicht mehr zu dogmatischen Meinungsverschiedenheiten, sondern zu einer umfangreichen Kasuistik.

Dabei orientieren sich die jeweiligen Autoren zum Teil unreflektiert doch noch an der materiellrechtlichen Anspruchskonkurrenz.

Allen Autoren, die den zweigliedrigen rein prozessualen Streitgegenstand vertreten, ist gemeinsam, daß sie, wenn sich aus einem Sachverhalt mehrere auf das gleiche Ziel gerichtete materiellrechtliche Ansprüche ergeben, nur einen prozessualen Anspruch annehmen. [2] Damit sind die aus der materiellrechtlichen Anspruchskonkurrenz erwachsenen Probleme sowohl für die Klageänderung, Anspruchshäufung als auch Rechtshängigkeit und Rechtskraft gelöst bezw. auf die Frage verschoben, ob ein oder zwei verschiedene Sachverhalte vorliegen. Insbesondere kann die Nichtberücksichtigung eines materiellen Anspruchs keine neue Klage rechtfertigen.

Besonderheiten ergeben sich, wenn für die sachliche und örtliche Zuständigkeit entscheidend ist, welches materielle Recht sich aus dem vom Kläger vorgetragenen Sachverhalt ergibt. So im Fall des Gerichtsstandes der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO) und des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO). Dann bildet der behauptete materielle Anspruch unberührt von den anderen Ansprüchen den Streitgegenstand. [3] Habscheid hält es des weiteren für zulässig, daß der Kläger sich auf einen bestimmten materiellen Anspruch festlegt, wenn er ein Rechtsschutzbedürfnis nachweist.[4]

---

1 Kritisch zur Abgrenzung des Lebenssachverhalts Donau, JR 1957, S.39; Bülow, DNotZ 1957, S.107; Lent-Jauernig, Studienbuch, § 37 V

2 Stein-Jonas-Schönke-Pohle[18], § 260 Anm. II A 2; Schönke-Kuchinke, § 46 I; Habscheid, S. 129,130; Thomas-Putzo, Einl. II 6

3 Habscheid, Streitgegenstand, S.155; siehe auch oben S.8 Fn.5

4 Streitgegenstand, S.176

Dieses sieht er im Eheprozeß (§§ 42, 43 EheG) als gegeben an, nicht bei der herkömmlichen materiellrechtlichen Anspruchskonkurrenz. [1]

Eine A n s p r u c h s h ä u f u n g liegt bei Häufung des Antrages oder des Sachverhalts oder beider Elemente vor. So viele Klagegründe, d.h. der Klage zugrunde liegende Sachverhalte, so viele Streitgegenstände sind gegeben.[2] Damit lassen sich die meisten Fälle zufriedenstellend lösen, wenn man sich nur über die Kriterien zur Bestimmung e i n e s Sachverhalts verständigen kann.

Schwierigkeiten ergeben sich bei der Abgrenzung der Klagegründe, die letztlich nur anhand der materiellrechtlichen Normen erfolgen kann. So nimmt Pohle mehrere Tatsachenkomplexe und damit eine Anspruchshäufung an, wenn derselbe Antrag auf Herausgabe einer Sache auf Eigentum und persönliche Verpflichtung gestützt wird. [3] Bei Kauf und darüber gegebenem Anerkenntnis bejahen Habscheid [4] und Thomas-Putzo [5] eine alternative Klagehäufung, während Schröder [6] eine Klagehäufung verneint.

Die Anhänger eines zweigliedrigen Streitgegenstandes bejahen eine K l a g e ä n d e r u n g , wenn der Antrag oder Sachverhalt geändert werden.[7] Schönke-Schröder [8] nehmen eine

---

1 a.a.O., S.179

2 Habscheid, a.a.O., S.249 f; Thomas-Putzo,§ 260 Anm.1b; Schönke-Kuchinke, § 46 I; Stein-Jonas-Schönke-Pohle,[18] § 260 II A2; anderer Meinung Schumann-Leipold 19.Aufl., § 260 II A 2; unklar Baumbach-Lauterbach, § 260 Anm.1

3 18.Aufl. § 260 II A 2 ; anderer Meinung Leipold-Schumann[19] § 260 II A 2

4 a.a.O., S.155

5 § 260 Anm. 1b; ebenso, aber von einem anderen Standpunkt aus Nikisch, AcP 154, S.286.

6 § 50 II 2c; siehe auch Schwab,Streitgegenstand,S.33,37, der eine alternative Klagehäufung konsequent von seiner Auffassung her verneint.

7 Habscheid, Streitgegenstand, S.260; Thomas-Putzo,§ 268 Anm.1; Schönke-Schröder-Niese, § 49 II; Baumbach-Lauterbach, § 268 Anm.2A; Stein-Jonas-Schönke-Pohle[18], 268 Anm.I-IV; a.M.Schumann-Leipold[19], § 268 Anm.III 2, die mehr auf den Antrag abstellen, den Unterschied in der Praxis aber als gering bezeichnen, da das Gericht auch eine streitige Klageänderung zulassen könne.

8 § 49 II 1; unentschieden Schönke-Kuchinke, § 45 II

Änderung des Lebensvorgangs an, wenn vom Anspruch aus Vertrag auf einen Bereicherungsanspruch übergegangen wird, z.B. wenn der Kaufvertrag sich als nicht bestehend erweist und die Sache verbraucht ist. Damit stellen sie in Wahrheit nicht so sehr auf den Sachverhalt als auf die verschiedenen materiellen Ansprüche ab. Für Habscheid ist der Kauf und Verbrauch einer Sache ein einheitlicher Lebensvorgang, so daß er eine Klageänderung verneinen muß.

Bei der dinglichen Klage soll nach Schröder die Anführung von Tatsachen, die das Eigentum statt auf Übereignung auf eine Ersitzung stützen, eine Tatsachen- und damit Klageänderung bedeuten. [2] Hierbei wird nur noch auf den Sachverhalt und nicht auf das materielle Recht als ganzes abgestellt. Der gleichen Ansicht ist auch Habscheid bei einer Eigentumsfeststellungsklage. [3] Der Antrag auf Zahlung von 1.000 DM, zunächst gestützt auf Kauf, dann auf Wechsel oder Anerkenntnis bedeutet eine Klageänderung, da der Kauf und die Begebung des Wechsels zwei verschiedene Sachverhalte sein sollen. [4]

Besonderheiten gelten für die Gestaltungsklagen. Bei einer Übernahmeklage nach § 142 HGB sollen die Gesellschafterbeziehungen der Parteien einheitlicher Lebenssachverhalt sein. Wird eine Klage zunächst auf Veruntreuung, dann auf dauernde Krankheit gestützt, so liegt konsequent keine Klageänderung vor. [5] Das gesamte Mietverhältnis soll entsprechend bei einer Mietaufhebungsklage Klagegrund sein, ebenso die Ehe im Eheprozeß in ihrem notleidenden Zustand. [6]

Der Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage wird zum Teil als Klageänderung angesehen, da eine Änderung der

---

1 a.a.O., S. 207, 178
2 a.a.O.
3 a.a.O., S.216, 267, dagegen besonders, aber von einem materiellrechtlichen Standpunkt aus, Bernhard, Zivilprozeßrecht, § 29 IV; Henckel, Parteilehre, S. 282
4 Habscheid, a.a.O., S.268
5 Habscheid, Streitgegenstand, S. 215; folgerichtig bei der Rechtshängigkeit S. 282.
6 Habscheid, a.a.O., S.211, 214.

Rechtsschutzform vorliegt. [1]

Für die Frage der R e c h t s h ä n g i g k e i t wird ebenfalls auf den Antrag und den Sachverhalt abgestellt. Habscheid sieht in dem Kauf einer Sache einen einheitlichen Lebensvorgang, der die gesamten Käufer-Verkäuferbeziehungen umfaßt, so neben dem Kaufpreisanspruch auch Ansprüche aus den §§ 326, 325, 812 BGB. [2]

Der Rechtshängigkeit der Klage im Wechselprozeß steht nach Habscheid eine allgemeine Zahlungsklage nicht entgegen. [3] Allerdings verneint er für eine zweite Klage das Rechtsschutzinteresse. [4] Ist bereits eine alternative Klage erhoben (Kauf und Wechsel), so ist einer neuen Klage gegenüber, wonach dem Kläger ein Anspruch sowohl aus Kauf als auch aus dem Wechsel zustehe, die Einrede der Rechtshängigkeit gegeben. [5]

Nach § 322 sind Urteile der R e c h t s k r a f t nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Für die Rechtskraft ist daher bedeutsam, ob dieselbe Rechtsfolge aus denselben Tatsachen abgeleitet wird. [6]

Während Pohle, Schröder und Thomas-Putzo [7] alle zu dem Streitgegenstand gehörenden Tatsachen als von der Rechtskraft betroffen ansehen, sofern sie zum Schluß der letzten Tatsachenverhandlung vorhanden waren, nimmt Habscheid an, die materielle Rechtskraft stehe einer auf den nicht abgeurteilten Tatsachenkomplex in Verbindung mit den übrigen lebensmäßig dazugehörenden Fakten gegründeten neuen Klage nicht entgegen, da insoweit nicht über den Anspruch entschieden worden sei. [8]

---

1 Habscheid, a.a.O., S.261, Thomas-Putzo, § 264 Anm.1; a.M. Schönke-Schröder-Niese, § 49 II 2a.
2 a.a.O., S.278.
3 a.a.O., S.277; ebenso Thomas-Putzo, § 263 Anm.2c.
4 a.a.O.
5 Habscheid, Streitgegenstand, S.282.
6 Stein-Jonas-Schönke-Pohle[18], § 322 Anm. IX.
7 § 322 Anm. VIII 3; § 73 V 2; § 322 Anm. 7c.
8 a.a.O., S. 289; ebenso in AcP 152, S.169.

Aber er ist ebenfalls der Ansicht, daß eine rechtskräftig abgewiesene Klage unter Berufung auf nicht vorgebrachten Prozeßstoff nicht wiederholt werden kann, sondern als unzulässig abzuweisen ist. [1] Er sieht dies nicht als Rechtskraftwirkung, sondern als Präklusionswirkung des Urteils an. Habscheid ist daher gezwungen, eine weitgehende Präklusionswirkung anzunehmen. [2]

b. Der Antrag als alleinbestimmendes Element des Streitgegenstandes

Eine zweite Gruppe stellt nur noch auf den Antrag als Streitgegenstand bei allen Klagearten ab und sieht den Sachverhalt nicht als gleichwertigen Bestandteil des Streitgegenstandes an. Diese Ansicht ist zuerst von Bötticher [3] nur für den Eheprozeß entwickelt, dann von Schwab auf alle Klagearten ausgedehnt worden. Rosenberg folgt in seinem Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts im wesentlichen der Auffassung Schwabs, läßt aber gelegentlich materiellrechtliche Gesichtspunkte anklingen. [4] Durch die Bearbeitung Schwabs hat dessen Auffassung in Rosenbergs Lehrbuch vollends ihren Niederschlag gefunden. [5]

Der Antrag ist deshalb bestimmendes Element des Streitgegenstandes, weil sich aus ihm ergibt, was der Kläger begehrt. [6] Insofern besteht Übereinstimmung mit der zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie.

Bötticher gewinnt seinen Standpunkt, allein der Antrag und nicht der Sachverhalt sei entscheidend, aus dem Gedanken, daß es im Eheprozeß um die Auslösbarkeit der Ehe "in toto" gehe, so daß einzelne Scheidungsgründe nicht zu mehreren prozessualen

---

1 a.a.O., S.292.
2 Dazu kritisch Donau, JR 1960, S. 205; Jauernig, Verhandlungsmaxime, S. 7 f.
3 Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozeß, Festgabe für Leo Rosenberg, S. 73 f. (85/86).
4 Ähnlich Wieczorek, Handausgabe § 3 B I a.
5 Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, §§ 96, 100, 101, 102, 154.
6 Schwab, Streitgegenstand, S.184; Rosenberg, Lehrbuch § 88 I 2 b; Bötticher, a.a.O., S.84 f.

Ansprüchen führen könnten. [1] Er wendet diesen Streitgegenstandsbegriff nicht auf die Leistungs- und Feststellungsklagen an, sondern meint, daß im Fall einer Mehrheit von Sachverhalten bei ihnen auch mehrere Streitgegenstände gegeben seien. [2]

Unter Aufgabe seiner ursprünglichen Auffassung bringt Rosenberg [3] gegen den Sachverhalt als gleichwertigen Bestandteil des Streitgegenstandes für alle Klagearten vor, daß mehrere prozessuale Ansprüche vorliegen würden, wenn die Klage auf mehrere Sachverhalte oder Lebensvorgänge gestützt werde. Damit geht er vom Ergebnis aus, ohne näher zu begründen, warum der Sachverhalt nicht zum Streitgegenstand gehört.

Eine nähere Begründung findet sich bei Schwab. Ausgangspunkt ist für ihn, daß es dem Kläger darum gehe, daß das Gericht seinem Antrag entspreche. Es komme darauf an, ob der Kläger dieselbe Leistung oder verschiedene Leistungen erstrebe. Daher sei allein der Antrag maßgebend. [4] Wenn aus mehreren Sachverhalten das gleiche Ziel erstrebt werde, so in den Fällen von Kauf und darüber gegebenem Wechsel, Darlehen und Anerkenntnis, liege nur ein Antrag und damit nur ein prozessualer Anspruch vor. [5]

Schwab versucht nicht, aus dem Gesetz für diese im ersten Moment bestechende These eine dogmatische Begründung zu finden, denn das Gesetz bietet ihm dazu keine Handhabe. Er mißt § 253 ZPO nur eine Ordnungsfunktion zu [6] und geht einen methodisch anderen Weg als Habscheid. Er faßt den Streitgegenstand als eine Erscheinung des Prozeßrechts auf, "die der Gesetzgeber vorfindet, die er zu beschreiben versuchen soll, die er aber nicht im eigentlichen Sinn selbst schaffen kann," [7] sieht ihn als vorgegeben an. Er entwickelt ihn sodann an seinen

---

1 a.a.O., S.90,92,95.
2 a.a.O., S.94
3 Lehrbuch § 88 II 2
4 Streitgegenstand, S.190; JuS 1965, S.83,84.
5 JuS 1965, S.84; Streitgegenstand, S.112.
6 a.a.O., S.191; kritisch zum eingliedrigen Streitgegenstand besonders Habscheid, Streitgegenstand, S.199 f.; Lent, ZZP 67, S.393 f; Nikisch, AcP 154, S.269; Bötticher, MDR 1954, S.767; Donau, JR 1960, S.204.
7 Streitgegenstand, S.5.

Bewährungspunkten. Das führt zu prozeßgerechten Lösungen, aber auch dazu, daß sein Streitgegenstand sich nicht immer in das geltende Prozeßrecht einfügt.

Ob nur ein Streitgegenstand oder mehrere vorliegen, ob ein Streitgegenstand mit dem anderen identisch ist, lasse sich bei den Leistungsklagen nur aus dem zur Begründung des Antrags vorgetragenen Sachverhalt feststellen. Dem Sachverhalt komme daher eine individualisierende Bedeutung zu, nur sei er nicht Teil des Streitgegenstandes. [1] Bei der Feststellungs- und Gestaltungsklage brauche der Sachverhalt nicht zur Individualisierung herangezogen werden.

Rosenberg [2] meint, bei der Feststellungsklage solle das Recht oder Rechtsverhältnis im ganzen festgestellt werden, womit er eine materiellrechtliche Betrachtungsweise in den Streitgegenstand einbezieht. Schwab hingegen stellt konsequent nur auf den Antrag ab, da bei der Feststellungsklage der Antrag eindeutig sei und der Berücksichtigung des Sachverhalts nicht bedürfe. Werde die Feststellung des Eigentums an einer beweglichen Sache sowohl mit Eigentumsübertragung als auch Ersitzung begründet, so liege nur ein Streitgegenstand vor, weil nur ein Antrag gestellt sei, nämlich der auf Feststellung des Eigentums an einer bestimmten Sache. [3]

Bei der Gestaltungsklage gehe es um eine Änderung des im Antrag bezeichneten Rechtsverhältnisses. Daher soll es gleichgültig sein, wieviel Begründungen der Kläger vorträgt. [4]

Der Streitgegenstandsbegriff von Schwab und Rosenberg ist rein prozessual und losgelöst vom materiellen Recht. Für das Verhältnis zum materiellen Recht gelten im wesentlichen die gleichen Grundsätze wie beim oben geschilderten zweigliedrigen Streitgegenstand, nur daß er sich aufgrund der überragenden Bedeutung des Antrags noch mehr vom materiellen Recht entfernt.

---

1 Schwab, a.a.O., S.190; Rosenberg, Lehrbuch § 88 II 2.
2 Lehrbuch § 88 II 1 c.
3 a.a.O., S.94
4 Schwab, a.a.O., S.95; Rosenberg, Lehrbuch § 88 II 1 c.

Auch der eingliedrige Streitgegenstand hat mit dem materiellen Recht nichts gemein und löst die Probleme der materiellen Anspruchskonkurrenz ausschließlich prozessual. [1] Aufmerksamkeit verdient in diesem Zusammenhang, daß Schwab die Beschränkung des Streitgegenstandes auf ein einem bestimmten materiellen Recht entsprechendes Begehren zuläßt, wenn es im Gesetz vorgesehen ist, wie im Fall des forum delicti commissi oder des Erfüllungsortes. Er sieht dies jedoch als "unbefriedigende Ausnahmelösung", als "Überrest einer längst überholten Ansicht", daß das materielle Recht Gegenstand des Prozesses sei, an. [2]

Im Prozeß stehen sich der materielle Anspruch und der prozessuale Anspruch streng voneinander getrennt gegenüber. Mit der Rechtskraft des Urteils steht fest, ob ein materieller Anspruch des Klägers gegeben ist. [3]

Schwab und Rosenberg behalten den eingliedrigen Streitgegenstand für die Klagehäufung, Klageänderung und Rechtshängigkeit konsequent bei. Allein entscheidend ist, ob ein Antrag oder ob mehrere Anträge vorliegen. Auf die verschiedenen materiellrechtlichen Ansprüche kommt es nicht an. Das gilt für alle Klagearten.

Es liegt daher keine Klagehäufung oder Klageänderung vor, wenn der Kläger zunächst den Kaufpreis und dann wegen Verbrauchs der Sache die gleiche Summe aus ungerechtfertigter Bereicherung verlangt [4] oder wenn die gleiche Summe aus Wechsel und Kaufpreis verlangt wird. [5] Klagt der Kläger einen Wechsel im gewöhnlichen Prozeß ein, ist die Einrede der Rechtshängigkeit gegeben, wenn der Kläger dieselbe Summe aus dem Grundgeschäft begehrt. [6]

---

1 Es sei schon an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß Schwab glaubt, bei einer Neuorientierung des materiellrechtlichen Anspruchsbegriffs am Streitgegenstand könne das Streitgegenstandsproblem aus der Welt geschafft werden, JuS 1965, S.86.
2 Streitgegenstand, S. 154.
3 Rosenberg, Lehrbuch § 88 II 3 c.
4 Schwab, Streitgegenstand, S.113.
5 Schwab, Streitgegenstand, S.77,104; Rosenberg, Lehrbuch § 88 II 3a.

Der eingliedrige Streitgegenstandsbegriff läßt sich aber nicht konsequent bei der materiellen Rechtskraft beibehalten. [1] Denn auch Schwab erlaubt es dem Kläger, der einen Wechsel eingeklagt und den Prozeß wegen Formmangels des Wechsels verloren hat, sicherlich zu Recht, die dem Wechsel zugrundeliegende Forderung in einem zweiten Prozeß geltend zu machen. [2] Damit gibt er seinen eingliedrigen Streitgegenstandsbegriff bei der Frage der Rechtskraft auf.

Für Schwab sind der Streitgegenstand und der Urteilsgegenstand nicht identisch, wenn er dies auch behauptet. [3] Die Entscheidung umfaßt seiner Meinung nach nur den vorgebrachten Prozeßstoff. "Tatsachen, die eine abweichende Feststellung des Sachverhalts der ersten Entscheidung zum Ziel haben, und Rechtsausführungen, die sich gegen die rechtliche Beurteilung richten, sind ausgeschlossen, und zwar aufgrund der Rechtskraft des ersten Urteils." [4]

Eine rechtskraftfremde Präklusion nimmt Schwab nur in den gesetzlich besonders geregelten Ausnahmefällen der §§ 616, 767 Abs. 3 ZPO, 17 MSchG und 54 PatG an. Sie soll nur dann vorliegen, - ansonsten ist es eine Wirkung der materiellen Rechtskraft - wenn Tatsachen vorgetragen werden, die mit dem Prozeßstoff des ersten Prozesses nicht im Zusammenhang stehen. [5]

Für andere Klagen bejaht er keine Präklusion, sofern der Sach-

---

1 Vgl.die Kritik von Lent, ZZP 67, S.393 und Bötticher, MDR 1954 S.767; ferner Nikisch, AcP 154, S.280; Habscheid, Streitgegenstand, S.64; Donau, JR 1960,S.207.

2 a.a.O., S.172.

3 Streitgegenstand, S.139,140; vgl.Habscheid, Streitgegenstand, S.64; Bötticher, MDR 1954, S.767; Nikisch, AcP 154, S.279; siehe auch Blomeyer, Festschrift für Lent, S. 43 f.; zur Bedeutung des materiellen Rechts für die Unterscheidung zwischen Streitgegenstand und Urteilsgegenstand Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S. 252 - 256; zur einheitlichen Bestimmung des Streitgegenstandes für alle Bewährungspunkte siehe auch Brox, JuS 1962, S. 124.

4 a.a.O., S. 171.

5 a.a.O., S.170.

verhalt ein völlig anderer ist und mit dem des Vorprozesses nicht im Zusammenhang steht, wenn auch der Antrag derselbe bleibt. Das gilt auch für den Fall, daß der neue Sachverhalt schon hätte im Vorprozeß vorgetragen werden können. [1] Um zu diesem richtigen Ergebnis zu kommen, ist Schwab gezwungen, bei der Rechtskraft den Sachverhalt mit zu berücksichtigen.

4. Die materiellen Streitgegenstandstheorien

Den rein prozessualen Theorien stehen die materiellrechtlichen Streitgegenstandslehren gegenüber. Sie identifizieren den prozessualen Anspruch zwar nicht mit dem materiellen Anspruch, und sind daher eigentlich prozessual zu nennen, gehen aber davon aus, daß der Streitgegenstand am materiellen Recht orientiert sein müsse. Sie bilden dabei keine einheitliche Linie, bemühen sich jedoch, die aus der materiellrechtlichen Anspruchskonkurrenz erwachsenen Schwierigkeiten zu vermeiden. [2]

a. Die Theorie von Lent

Lent, einer der herausragenden Vertreter einer materiellrechtlichen Streitgegenstandslehre, der sich sehr um die Klärung des Problems bemüht hat, war ursprünglich der Ansicht, daß mehrere behauptete materielle Ansprüche, auch wenn sie auf das gleiche Ziel gerichtet waren, auch mehrere prozessuale Ansprüche bedeuteten. [3] Von dieser Meinung ist er jedoch später abgerückt. Ebenso wie die Vertreter einer rein prozessualen Theorie sagt er, wenn der Kläger nur einer Entscheidung begehre, so sei auch nur ein Streitgegenstand gegeben, auch wenn mehrere materiellrechtliche Ansprüche vorlägen. Die Ein-

---

1 a.a.O., S.167.
2 An dieser Stelle werden nur die noch aktuellen materiellen Theorien behandelt.
3 ZZP 57, S. 1 f.; Gesetzeskonkurrenz II, S. 8 f.; vgl. zur Lehre Lents auch die Darstellungen bei Schwab, Streitgegenstand, S. 7 f. und Habscheid, Streitgegenstand, S. 68 f.

heit des Streitgegenstandes führt er auf den Willen des Klägers zurück. [1] Nach Lent kann der Streitgegenstand "als das auf rechtskräftige Feststellung einer Rechtsfolge gerichtete Begehren bezeichnet werden". [2] Er meint damit, daß das konkrete behauptete materielle Recht Streitgegenstand ist. "Jede Rechtsfolge, über die im Urteil entschieden wird, entspricht einem bestimmten Recht, bei den Leistungsklagen einem bestimmten Anspruch, der seiner Art nach im materiellen Recht geregelt ist". [3] Die begehrte Rechtsfolge ergibt sich aus dem Antrag.

Der Kläger braucht aber die behauptete Rechtsfolge nicht rechtlich zu qualifizieren. Es ist Aufgabe des Richters, aus der Rechtsbehauptung und dem zur Begründung vorgetragenen Sachverhalt ein bestimmtes materielles Recht herauszubilden und zum Gegenstand der Entscheidung zu machen. [4] Aus der Anlehnung des prozessualen Anspruchs an das materielle Recht ergibt sich, daß Lent den Sachverhalt nicht als Teil des Streitgegenstandes ansieht. Dieser dient nur zur Bestimmung des Streitgegenstandes, der konkreten Rechtsbehauptung. Außerdem bezweifelt er, daß sich Sachverhalt und Lebensvorgang sauber abgrenzen lassen. [5]

---

1 JbADR 1939/40, S.214; ZZP 65, S.334; Studienbuch 9. von Lent selbst noch herausgegebene Aufl. 1959 § 37 IV. Jauernig hat den Streitgegenstand bis zur 13.Aufl. fast unverändert gelassen. Erst in der 14.Aufl. (1969) hat er den Abschnitt über den Streitgegenstand völlig neu bearbeitet. Jauernig bestimmt den Streitgegenstand nach ausschließlich prozessualen Gesichtspunkten und stellt vor allem bei der Leistungsklage weitgehend nur auf den Antrag und den Sachverhalt ab (§37). Siehe auch Verhandlungsmaxime S. 1f.

2 Studienbuch[9] § 37 IV; anders noch in JbADR 1939/40, S.210, wo der Anspruch des bürgerlichen Rechts den Streitgegenstand der Leistungsklage bildet.

3 Studienbuch[5] § 34 IV; andererseits sagt aber Lent auch, daß mit dem Inhalt des Urteils und seiner Rechtskraft eine Wendung des prozessualen Anspruchs zum materiellen Recht eintritt; JbADR 1939/40, S. 211; zur Widersprüchlichkeit in Lents Lehre vgl. auch Schwab, Streitgegenstand, S. 7 f.;
Habscheid, Streitgegenstand, S. 38 f.

4 ZZP 65, S. 325/326.

5 ZZP 65, S. 350; Studienbuch (9) § 37 V.

Eine A n s p r u c h s h ä u f u n g liegt bei Lent dann nicht vor, falls der Kläger nur eine Entscheidung begehrt, wenn auch mehrere materielle Rechte gegeben sind. [1] Er dehnt dieses auch auf die Fälle der Kaufpreisforderung und darüber gegebenem Wechsel oder Anerkenntnis aus. [2] und erlaubt es dem Kläger, den Gegenstand des Prozesses auf ein bestimmtes materielles Recht zu beschränken. [3] Ob er aber auch später seine Ansicht, es könnte im allgemeinen Prozeß ein bestimmter materieller Anspruch anerkannt oder auf ihn verzichtet werden [4], nach seiner Meinungsänderung über die materielle Anspruchskonkurrenz beibehalten hat, wird nicht deutlich. [5]

K l a g e ä n d e r u n g bedeutet Anspruchsvertauschung. [6] Bei der Klageänderung mißt Lent dem Sachverhalt zwar eine größere Bedeutung zu, macht ihn aber nicht zum Bestandteil des Streitgegenstandes. Aus dem Begriff Anspruchsvertauschung könnte man schließen, daß der Übergang von einem materiellen Anspruch auf einen anderen, der, auf das gleiche Ziel gerichtet, auf denselben Sachverhalt gestützt wird, eine Klageänderung bedeutet. Im Anschluß an die Frage der Klagehäufung bei materiellrechtlicher Anspruchskonkurrenz nimmt Lent aber auch hier nur einen prozessualen Anspruch und damit keine Klageänderung an. [7]

Lent bejaht eine Klageänderung, wenn statt vertragsmäßiger Zahlung bei gleicher Summe die Bereicherung verlangt wird, da eine andere Rechtsfolge festgestellt werden soll. [8] Entscheidend ist nicht die Änderung des Sachverhaltes, sondern der materiellen Rechtsfolge.

Auch wenn der Kläger ein Interesse daran haben könne, Verur-

---

1 Studienbuch[9], § 37 IV; ZZP 65, S.333.
2 Studienbuch[9], § 37 IV.
3 Studienbuch[9], § 37 IV; ZZP 65, S.336.
4 So in ZZP 57, S.44.
5 Habscheid, Streitgegenstand, S.72 scheint dies allerdings anzunehmen.
6 Studienbuch[9], § 41 I.
7 Studienbuch[9], § 37 IV; warum dies inkonsequent sein soll, wie Habscheid, a.a.O.S.74 meint, ist nach der Änderung der Auffassung Lents über die materielle Anspruchskonkurrenz im Prozeß nicht ersichtlich.
8 Studienbuch[9], § 41 III.

teilung aufgrund eines bestimmten Anspruchs oder Feststellung sämtlicher materieller Ansprüche zu verlangen [1], seien sämtliche aus dem Sachverhalt auf das gleiche Ziel abzuleitende Ansprüche rechtshängig, unabhängig davon, ob sie dem Kläger bewußt seien. [2]

Bei der materiellen R e c h t s k r a f t sagt Lent, Ziel des Prozesses sei die Feststellung der materiellen Rechtsbeziehungen der Parteien. Die Rechtskraft beziehe sich auf ein bestimmtes festgestelltes materielles Recht. [3] Diese Ansicht erlaubt es dem Kläger, denselben Antrag aus demselben Sachverhalt zu stellen, wenn der Richter eine auf das gleiche Ziel gerichtete materielle Vorschrift unbeachtet gelassen hat. [4] Mit dieser Lehre kann Lent die materiellrechtlichen Wirkungen der materiellen Rechtskraft in den §§ 218, 393 BGB, 767, 819 ZPO erklären. Er hat zuerst darauf hingewiesen, daß diese Vorschriften von der rechtskräftigen Feststellung eines materiellen Rechts ausgehen. [5]

Das Problem, wie weit die Rechtskraft den vorgebrachten und nicht vorgebrachten Prozeßstoff erfaßt, stellt sich für Lent nicht. Alles erneute Vorbringen, das sich auf dasselbe materielle Recht bezieht, ist ausgeschlossen. Soweit es auf ein noch nicht entschiedenes materielles Recht Bezug nimmt, kann eine neue Klage angestrengt werden.

b. Die Theorie von Nikisch

Eine besondere Stellung bei der Erörterung des Streitgegenstandes nimmt Nikisch ein. Sein Streitgegenstandsbegriff ist ebenfalls rein prozessual, doch wendet sich Nikisch nicht völlig

---

1 Studienbuch[9], § 37 IV
2 Studienbuch[9], a.a.O.; a.M. in ZZP 65, S. 315.
3 Studienbuch[9], § 63 III 6.
4 Studienbuch[9], § 63 III 6.
5 ZZP 65, S.343.

vom materiellen Recht ab. [1] "Streitgegenstand im Zivilprozeß ist die Rechtsbehauptung, über die der Kläger eine der Rechtskraft fähige Entscheidung begehrt". [2] Die Rechtsbehauptung ergebe sich aus dem Antrag. [3]

Anders als Lent sieht Nikisch die Rechtsbehauptung nicht als die Behauptung des Rechts im Sinne eines materiellen Anspruchs, sondern als die Behauptung einer Rechtsfolge an. [4] Daraus ergibt sich, daß der Kläger sich nicht auf ein bestimmtes materielles Recht festzulegen braucht und daß alle auf das gleiche Ziel gerichteten materiellen Ansprüche zu einer Rechtsbehauptung gehören.

Der Sachverhalt ist für Nikisch nicht grundsätzlich Bestandteil des Streitgegenstandes. Er mißt ihm aber eine weitergehende Bedeutung als Schwab und Rosenberg zu. Der Sachverhalt individualisiert den Streitgegenstand, soweit das notwendig ist. [5] Bei der Klage auf Feststellung eines absoluten Rechts - hier ist Streitgegenstand das behauptete materielle Recht - soll eine Individualisierung durch den Klagegrund nicht erforderlich sein. Das gleiche gilt für die Gestaltungsklage. Bei der Leistungsklage ist der Klagegrund Teil des prozessualen Anspruchs, denn nur aus den der Klage zugrundeliegenden Tatsachen lasse sich entnehmen, welche Rechtsbehauptung der Kläger aufstelle. [7]

---

1 Habscheid, Streitgegenstand, S.43 f.; Schwab, Streitgegenstand, S.43 f. ordnen seine Lehre nicht den materiellen Theorien zu. Aber gerade Nikisch hat gefordert, die zivilrechtliche Dogmatik der Anspruchskonkurrenz mit der prozessualen Anspruchsdogmatik in Einklang zu bringen und sich nicht ganz beim Streitgegenstand vom materiellen Recht zu entfernen, AcP 154, S.283. Insofern erscheint es, wenn auch mit Einschränkungen, gerechtfertigt, die Lehre Nikischs den materiellen Theorien zuzuordnen.

2 Streitgegenstand, S.2,14; Zivilprozeßrecht § 32 I 4.

3 Streitgegenstand, S.9

4 Vgl. auch Schwab, Streitgegenstand, S.44; abweichend Habscheid, Streitgegenstand, S. 44, wonach die Behauptung eines materiellen Rechts vorliegen soll.

5 Zivilprozeßrecht, § 42 III 1 - 3.

6 Zivilprozeßrecht, a.a.O.

7 Streitgegenstand, S.31 f.

Nikisch bejaht eine alternative Klagehäufung, wenn der Kläger sich auf Wechsel und zugrundeliegenden Kaufvertrag beruft. [1] Eine Klageänderung soll vorliegen, wenn die Rechtsbehauptung und damit der Antrag geändert wird. Eine Änderung des Klagegrundes ist nicht erheblich, wenn der Sachverhalt zur Individualisierung der Rechtsbehauptung nichts beiträgt. [2] So kann eine Eigentumsfeststellungsklage zunächst auf Übereignung, dann auf Ersitzung gestützt werden. Die Rechtsbehauptung bleibt bei Übergang von der Feststellungsklage zur Leistungsklage oder umgekehrt dieselbe, da das Rechtsschutzziel nicht zur Rechtsbehauptung gehört. Es soll daher keine Klageänderung gegeben sein. [3]

Bei der Rechtshängigkeitseinrede bezieht Nikisch, statt vom Streitgegenstand von der Streitsache sprechend, die Rechtsschutzform in die Streitsache mit hinein. [4] Der Erhebung der Leistungsklage steht die Rechtshängigkeit der Feststellungsklage nicht entgegen.

Der Streitgegenstand bestimmt die materielle Rechtskraft. Die Rechtskraft verhindert eine neue Klage, die auf demselben Sachverhalt beruht und sich auf einen unbeachteten rechtlichen Gesichtspunkt stützt. [5] Die materielle Rechtskraft hat den Ausschluß aller bereits bei der letzten Tatsachenverhandlung vorhandenen Tatsachen zur Folge, sofern sie zum Streitgegenstand gehören, gleichgültig ob der Kläger sie kannte oder nicht. [6] Das gilt für die Leistungsklage. Bei der Feststellungs- und Gestaltungsklage, wo der Sachverhalt nicht zur Individualisierung herangezogen wird, sind von vornherein alle anderen Sachverhalte ausgeschlossen, da es um das Eigentum schlechthin oder bei der Ehescheidungsklage um die Auflösung der Ehe im ganzen geht.

---

1 Zivilprozeßrecht, § 45 IV; AcP 154, S. 286.
2 Zivilprozeßrecht, § 48 I.
3 Zivilprozeßrecht, § 48 I 3b.
4 Zivilprozeßrecht, § 47 II 3;
AcP 154, S. 276, 277.
5 Zivilprozeßrecht, § 106 I 3.
6 Zivilprozeßrecht, § 107 I 1,2.

c. Die Theorie von Henckel

Henckel gewinnt seinen materiellrechtlich orientierten Streitgegenstandsbegriff anhand der Funktionen des materiellen Anspruchs. Er tritt für eine Anlehnung des prozessualen Anspruchs an das materielle Recht ein. Dabei beruft er sich auf die §§ 325, 265 ZPO. [1]

Bei ihm wird der Streitgegenstand der Leistungsklage bestimmt "durch den Antrag, der die Rechtsschutzform, den Anspruchsinhalt und in der Regel auch die Anspruchssubjekte bezeichnet, und den Klagegrund, der durch Tatsachen gekennzeichnet wird. Die rechtliche Subsumtion aber ist für den Streitgegenstand bedeutungslos". [2] Henckel sieht den materiellen Anspruch besonders als Verfügungsobjekt. [3] Alle auf ein Ziel gerichteten, aus demselben Sachverhalt erwachsenden Ansprüche, sind als Verfügungsobjekt nur ein Anspruch, der abgetreten werden kann. Insofern kann Henckel diesen einen behaupteten Anspruch in den Fällen der materiellen Anspruchskonkurrenz als den prozessualen Anspruch ansehen. Die §§ 29, 32 ZPO sollen an der Einheitlichkeit des Anspruchs als Verfügungsobjekt nichts ändern und den Streitgegenstand nicht berühren, sondern nur ein Verbot der Subsumtion unter bestimmte rechtliche Gesichtspunkte enthalten.[4]

Er wendet sich gegen Nikisch, die Dogmatik der materiellen Anspruchs- und Gesetzeskonkurrenz mit in die Streitgegenstandsdiskussion einzubeziehen. Er möchte ihr "ihren gebührenden Platz außerhalb der Streitgegenstandslehre" zuweisen. [5]

Gegenstand der Feststellungsklage ist das behauptete materielle Recht oder Rechtsverhältnis in toto. Henckel hält es für zulässig, den Kläger mit dem Risiko zu belasten, daß er mit unbekannten Erwerbsgründen ausgeschlossen wird. [6] Diesen Streit-

1 Parteilehre, S.252, 253.
2 a.a.O., S.278
3 a.a.O., S.262, 272, 277; vgl. dazu auch Schwab, JuS 1965, S.85; dagegen Jauernig, Verhandlungsmaxime, S.45-47.
4 a.a.O., S.280
5 a.a.O., S.280
6 a.a.O., S.284

gegenstandsbegriff der Feststellungsklage führt er sowohl bei der Rechtskraft, Klagehäufung, Klageänderung und Rechtshängigkeit konsequent durch.

Der Streitgegenstand der Gestaltungsklage wird durch den Gestaltungsantrag und den behaupteten Gestaltungsgrund gekennzeichnet. Ein materielles Recht auf Gestaltung als Streitgegenstand lehnt er ab. [1] Er muß auf eine Zusammenfassung verschiedener Gestaltungsrechte verzichten und weicht damit von den übrigen Rechtsschutzformen ab. Sein zweigliedriger Streitgegenstand führt dazu, daß er so viele Gestaltungsrechte und damit verschiedene Streitgegenstände annimmt, als Klagegründe vorliegen. Er faßt den Klagegrund einheitlich, wenn der gesetzliche Tatbestand einen wichtigen Grund zur Gestaltung fordert. [2]

Zur Klageänderung ist zu bemerken, daß Wechsel und zugrundeliegende Kaufpreisforderung zwei Streitgegenstände bedeuten, [3] ebenso Kaufpreis- und Bereicherungsanspruch im Falle des nichtigen Kaufs. [4] Zu diesem Ergebnis muß Henckel gelangen, da sie zwei selbständig abtretbare Forderungen darstellen.

Für den Ausschluß nicht vorgetragener Tatsachen, die den identischen Antrag zu begründen oder zu leugnen geeignet sind, bedarf Henckel nicht der Präklusion. Der Ausschluß ist für ihn eine Folge der Rechtskraft. [5] Eine Präklusion nimmt er nur in den Fällen der §§ 616, 767 Abs. 3 ZPO, 17 MSchG und 54 PatG an.

d. Sonstige Theorien

Arwed Blomeyer unterscheidet zwischen dem sachlichen und prozessualen Streitgegenstand. [6] Der prozessuale Streitgegenstand

---

1 a.a.O., S.286; dazu kritisch Schwab, JuS 1965, S.85.
2 a.a.O., S.288.
3 a.a.O., S.270.
4 a.a.O., S.265, 290.
5 a.a.O., S.302.
6 Zivilprozeßrecht, § 40; siehe auch die Kritik von Bötticher, ZZP 77, S.477 und Schwab, JuS 1965, S.88.

bezieht sich auf die Zulässigkeit der Klage. Für Blomeyer ist der materielle Anspruch bei Leistungsklagen und Klagen auf Feststellung eines Anspruchs der sachliche Streitgegenstand. [1] Allgemein ist Gegenstand der Feststellungsklage das festzustellende Recht. [2] Bei der Gestaltungsklage wird der Streitgegenstand durch den Klageantrag und Klagegrund gebildet. [3]

Im Fall der materiellrechtlichen Anspruchskonkurrenz nimmt er für die Klagehäufung nur einen prozessualen Anspruch aus prozessualen Gesichtspunkten an, erläutert dies aber nicht näher. [4]

Prozessuale Gesichtspunkte können auch dazu führen, bei der Rechtskraft nur einen prozessualen Anspruch anzunehmen. Aber nicht nur bei Kauf und Wechsel, Darlehen und Anerkenntnis, sondern auch bei der Konkurrenz von Ansprüchen sollen mehrere Entscheidungsgegenstände vorliegen. [5] Hat das Gericht daher einen rechtlichen Gesichtspunkt außer acht gelassen, so steht die Rechtskraft einer neuen Klage, die sich auf die unbeachtete Vorschrift stützt, nicht entgegen.

Bernhardt geht davon aus, daß es im Zivilprozeß bis auf wenige Ausnahmen um behauptete materiellrechtliche Positionen gehe und das Sachurteil über materielle Rechte entscheidet. Es würde eine Merkwürdigkeit darstellen, wenn der Streitgegenstand nicht materiellrechtlicher, sondern ausschließlich prozessualer Natur wäre. [6] Der vom Kläger behauptete materiellrechtliche Anspruch bildet daher den Streitgegenstand der Leistungsklage. In den Fällen der Anspruchskonkurrenz liegen auch zivilrechtlich nicht mehrere Ansprüche vor, sondern eine einzige Forderung, die aus verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten begründet ist. [7] Bei der Feststellungsklage ist das vom Kläger behauptete oder geleugnete materielle Recht oder Rechtsverhältnis Streitgegenstand, [8] während Streitgegenstand der Gestaltungsklage das mit

---

1 a.a.O., § 40 V.
2 a.a.O., § 40 V 2.
3 a.a.O., § 40 V 3.
4 a.a.O., § 40 V.
5 a.a.O., § 89 III 4.
6 Zivilprozeßrecht, § 29 III.
7 a.a.O., § 29 IV.
8 a.a.O., § 29 IV.

der Klage geltend gemachte Gestaltungsrecht ist. [1]

5. Begehren oder Rechtsbehauptung als Streitgegenstand

Stellt man nicht so sehr auf Antrag und Sachverhalt als die charakterisierenden Elemente des Streitgegenstandes, sondern auf seine Richtung ab, so ergeben sich zwei gegensätzliche Auffassungen. Nach der einen ist Streitgegenstand das Begehren, mit dem der Kläger sich an das Gericht wendet, nach der anderen die Rechtsbehauptung, die der Kläger gegenüber dem Beklagten aufstellt.

Der Gedanke, daß der Kläger mit der Gestaltungsklage keinen materiellen Anspruch gegen den Beklagten geltend macht, sondern ein Recht auf Gestaltung sich allenfalls nur gegen das Gericht richten kann, hat dazu geführt, den Streitgegenstand als Begehren anzusehen, und zwar für alle Klagearten. [2] Das Begehren hat mit dem materiellen Recht nichts gemein. Es findet sich daher vor allem in den Streitgegenstandsbestimmungen der Anhänger eines rein prozessualen Streitgegenstandes. Aber auch Lent [3] bezeichnet den Streitgegenstand als das Begehren des Klägers. Er bleibt dabei jedoch nicht stehen, sondern meint, daß die Entscheidung zugleich über die Rechtsbehauptung,

---

1 Als Anhänger einer materiellrechtlich orientierten Streitgegenstandslehre ist auch noch Donau zu nennen; JR 1960, S.203 f; zur materiellen Streitgegenstandstheorie von Georgiades, siehe oben S.8; kritisch zu den prozessualen Theorien auch noch Bruns, Zivilprozeßrecht § 26.

2 Bötticher, Festgabe für Rosenberg, S.73; FamRZ 1957,S.409; Schwab, Streitgegenstand, S.183; Rosenberg, 9.Aufl.,§ 88 II 1c, der allerdings in der ersten Aufl.seines Lehrbuchs schon vom Begehren als Streitgegenstand sprach, dann in der 4.Aufl. im Anschluß an Nikisch, Streitgegenstand, zur Rechtsbehauptung überging, um in der 6.Aufl. mit Schwab wieder von dem Begehren als Streitgegenstand zu sprechen; (dazu auch Habscheid,Streitgegenstand,S.133); allerdings gebraucht auch Rosenberg den Ausdruck Rechtsbehauptung,a.a.O., § 88 II 2, I 1 b; für das Rechtsbegehren ferner Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 18.Aufl., § 253 Anm. III 2; Seuffert-Walsmann, § 253 Anm.A IV; ähnlich Schröder,8.Aufl., der von der Forderung an das Gericht spricht, § 47 I; anders noch Schönke in der 7.Aufl., § 47 I, der die Rechtsbehauptung als Streitgegenstand ansieht.

3 Studienbuch, 9.Aufl., § 37 IV.

die materielle Rechtsfolge, die der Kläger behauptet, ergehe. Lent bezieht also beide Richtungen in seinen Streitgegenstand mit hinein. [1]

Die Rechtsbehauptung als Streitgegenstand führen sowohl Anhänger einer rein prozessualen [2] als auch materiellen [3] Betrachtungsweise an. Sie vertreten jedoch unterschiedliche Auffassungen über den Umfang der Rechtsbehauptung. Die Befürworter eines materiellrechtlichen Streitgegenstandes richten sie nur am materiellen Recht aus und bestimmen sie inhaltlich durch das materielle Recht, während die Anhänger eines prozessualen Streitgegenstandes das den Gegenstand der Behauptung bildende Recht nicht an seine materiellrechtlichen Voraussetzungen binden, sondern als Rechtsfolgenbehauptung ansehen.

Die Unterscheidung zwischen dem Begehren und der Rechtsbehauptung ist im Hinblick auf den Wortlaut des Gesetzes, das als Streitgegenstand den Anspruch des Klägers gegen den Beklagten ansieht, mehr dogmatischer Natur. Sie hat weniger praktische Auswirkungen auf den Prozeß. [4] Sie ist jedoch für die Frage von Bedeutung, ob die Rechtsschutzform mit in den Streitgegenstandsbegriff einzubeziehen ist.

Wird die Rechtsschutzform nicht mit in den Streitgegenstand einbezogen, so hat eine Klage auf Feststellung, daß der Beklagte dem Kläger aus einem bestimmten Sachverhalt 1.000 DM schuldet, denselben Streitgegenstand wie die entsprechende Leistungsklage.

Das Begehren als Streitgegenstand erfaßt auch die Rechtsschutzform, denn diese dient der Individualisierung des Begehrens. [5]

---

1 Ähnlich auch Lüke, JZ 1960, S.204
2 Habscheid, Streitgegenstand, S.132 f.(142).
3 Neben Lent Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 40 III 2; Henckel, Parteilehre, S.14, 194 f., 255; Nikisch, Streitgegenstand, S.40f.; Zivilprozeßrecht, § 42 I 4, AcP 154, S.271, der sich ausführlich mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob der Streitgegenstand als Begehren oder Rechtsbehauptung zu bezeichnen ist.
4 Vgl.auch Habscheid, a.a.O., S.134 f; Schwab, Streitgegenstand, S.186f.
5 Rosenberg, Lehrbuch § 88 II 2; Böttticher, Festgabe für Rosenberg, S.73; Schwab, Streitgegenstand, S.183.

Aber auch die Anhänger der Rechtsbehauptung beziehen bis auf Nikisch [1] die Rechtsschutzform mit in den Streitgegenstand hinein. [2] Nikisch spricht neben dem Streitgegenstand bei der Rechtshängigkeit von der Streitsache und meint, ein Wechsel in der beantragten Rechtsschutzform sei eine Änderung der Streitsache. [3]

6. Die Verfahrensbehauptung als Teil des Streitgegenstandes

Des weiteren ist umstritten, ob die Verfahrensbehauptung zum Begriff des Streitgegenstandes gehört. Habscheid hat die Rechtsbehauptung um die Verfahrensbehauptung erweitert. [4] Wenn eine Klage als unzulässig abgewiesen wird, so soll das Prozeßurteil über die Verfahrensbehauptung des Anspruchsgegenstandes entscheiden. "Das Urteil über die Verfahrensbehauptung betrifft die Zulässigkeit, über die Rechtsfolgenbehauptung die Begründetheit der Klage". [5] Gegen diese Ansicht wird angeführt, das Prozeßurteil entscheide nicht über die Behauptung des Klägers, seine Klage sei zulässig, denn eine solche Behauptung brauche der Kläger nach der ZPO nicht aufzustellen. [6] Die Unzulässigkeit der Klage mit ihrem Streitgegenstand werde festgestellt. Auch beim Prozeßurteil ergehe die Entscheidung über den Streitgegenstand. Die Berechtigung der Rechtsbehauptung bleibe zwar

---

1 Streitgegenstand, S.54,55.
2 So besonders Habscheid, Streitgegenstand, S.139 - 141; Henckel, Parteilehre, S.195,196,277,278.
3 Dagegen besonders Bötticher, a.a.O., S.87; vgl. aber auch Nikisch, AcP 156,72, der meint, man brauche die Rechtsschutzform beim Begriff des Streitgegenstandes nicht, da mit der Feststellungsklage ein anderer Anspruch verfolgt werde als mit der Leistungsklage.
4 a.a.O., S. 141 f.
5 a.a.O., S. 149; ähnlich Blomeyer, Zivilprozeßrecht § 40, der die Verfahrensbehauptung in seinen prozessualen Streitgegenstand einbezieht, aber diesen von dem sachlichen Streitgegenstand trennt. Gegen Habscheid besonders Nikisch, AcP 156, S.73; Henckel, Parteilehre, S. 194-196; Schwab, ZZP 71, S.156; Bötticher, FamRZ 1957, S.410.
6 Henckel, a.a.O., S.194; ähnlich Nikisch, AcP 156, S. 73.

offen, doch werde diese zurückgewiesen. Die Verfahrensbehauptung als Bestandteil des Streitgegenstandes sei daher nicht notwendig. [1]

## 7. Das heutige Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht

Die dargestellten Ansichten über den Streitgegenstand zeigen, daß kaum zwei Autoren bei der Beurteilung des Streitgegenstandes in allen Punkten übereinstimmen. Eine wirklich einheitlich "herrschende Lehre" ist bisher nicht festzustellen. Nikisch hat den Stand der Lehre vom Streitgegenstand als "seit langem ausgesprochen unerfreulich" bezeichnet. [2]

Die grundsätzliche Verschiedenheit der Ansichten, besonders über das Verhältnis des prozessualen Anspruchs zum materiellen Recht, wirft die Frage auf, wie es in der Zivilprozeßrechtswissenschaft zu dem Streit um den Streitgegenstand gekommen ist, welcher dogmengeschichtliche Standort ihm zugrundeliegt. Jede Begriffsbestimmung des Streitgegenstandes oder prozessualen Anspruchs hat davon auszugehen, daß es sich beim Streitgegenstand nicht um einen vom Gesetz völlig losgelösten Begriff handelt, sondern daß der Streitgegenstand oder prozessuale Anspruch ein gesetzestechnischer Begriff der ZPO ist, wenn auch der Streitgegenstand in jedem Prozeßsystem zu finden ist. Dieser Begriff bedarf, daraus resultiert die Verschiedenheit der Meinungen, der näheren Bestimmung, um für den Zivilprozeß im Rahmen der ZPO praktikabel zu sein.

Die Schöpfer der ZPO haben den prozessualen Anspruch oder Streitgegenstand nicht ohne jeden dogmatischen Standpunkt in das Gesetz aufgenommen. Ihre Vorstellungen waren nicht völlig neu. Die ZPO ist vielmehr ein Spiegelbild der damaligen Auffassung vom Zivilprozeßrecht und dessen Stellung innerhalb des Rechts überhaupt. Dem liegt ein geschichtlicher Prozeß zugrunde, in

---

1 Henckel, a.a.O.
2 AcP 154, S.296.

dessen Folge sich die deutsche Zivilprozeßrechtswissenschaft der letzten hundert Jahre um eine Klärung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht und seiner Grenzziehung sowie dem Zivilprozeßrecht eine eigene Substanz zuzuweisen bemüht hat.

Heute wird das Zivilprozeßrecht als selbständiger Rechtsbereich gegenüber dem materiellen Recht dem öffentlichen Recht zugewiesen. Beide Rechtsgebiete haben ihre selbständigen Aufgaben, die aber nicht im Gegensatz zueinander stehen. Der Zivilprozeß hat eine dienende Funktion. Er dient den Parteien zur Durchsetzung der meistenteils privaten Rechte, darüber hinaus der Bewährung der Rechtsordnung und Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens. [1] Das Zivilprozeßrecht ist aber keine Funktion des materiellen Rechts. [2]

Die eigene Substanz des Zivilprozeßrechts zeigt sich in den prozessualen Lehren besonders über die Prozeßvoraussetzungen, daneben über die Klagen, die Rechtskraft und nicht zuletzt über den Streitgegenstand oder prozessualen Anspruch, dessen Verhältnis zum materiellen Recht noch nicht geklärt ist.

Ausgangspunkt der Entwicklung und Fragestellung des prozessualen Anspruchs ist, daß im gemeinen Recht zu Beginn des 19. Jahrhunderts materielles Recht und Prozeßrecht als eine Einheit und die actio undifferenziert als Gegenstand des Prozesses angesehen wurde, ohne daß es eine eigene Streitgegenstandsproblematik gab. [3] Die actio war das Bindeglied zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht. Obwohl diese Einheit von Windscheid im Jahre 1856 für unrichtig befunden worden war, [4] hat sie bis in die ZPO nachgewirkt. Im folgenden soll der Übergang von der actio zum prozessualen Anspruch dargestellt werden.

---

1 Rosenberg, Lehrbuch, § 1 III, § 90 II; Nikisch, Zivilprozeßrecht, § 1 III; Lent, Studienbuch, § 1 II; Schönke-Schröder-Niese, § 1 IV; Pohle, Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis S.198, Simshäuser, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellen Recht und Prozeßrecht, S.39; Rimmelspacher, Zur Prüfung von Amts wegen, S.10.

2 Simshäuser, a.a.O., S.152.

3 Diese Feststellung soll zunächst genügen.

4 Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts.

Dafür bieten sich zwei verschiedene Methoden an. Die erste ist, die Behandlung der Klagehäufung, Klageänderung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft im gemeinen Prozeß aufzuzeigen und daraus Rückschlüsse für den Streitgegenstand zu ziehen. [1]

Die zweite Möglichkeit ist, zunächst die actio und ihre Stellung innerhalb des gemeinen Rechts zu schildern, das Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht zu klären und sodann von dieser theoretischen Grundlage aus auf die Behandlung der actio als Gegenstand des Verfahrens einzugehen. Dieser letzte Weg soll beschritten werden. Er hat den Vorzug, den Standort der Zivilprozeßrechtswissenschaft im gemeinen Recht besonders bezüglich des Streitgegenstandes deutlicher werden zu lassen.

Zu Anfang des 19. Jahrhunderts kamen in Deutschland außer dem subsidiär geltenden gemeinen Recht die Partikularrechte, so auch die "Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten von 1793" und der "Code de procédure civile" von 1806 zur Anwendung. [2] Wenn auch die deutsche Rechtswissenschaft der damaligen Zeit sich hauptsächlich dem gemeinen Recht zugewandt hat, [3] soll der Streitgegenstand dieser beiden Gerichtsordnungen nicht unerörtert bleiben, der des Code de procédure civile nicht, weil die ZPO von 1879 ein "selbständiges und eigenartiges Mischprodukt französischer und gemeinrechtlicher Grundsätze" [4] ist, der der AGO nicht, obwohl ihr Einfluß auf die ZPO nicht von sehr großer Bedeutung ist, [5] weil sich in ihr bereits der Streitgegenstand als gesetzestechnischer Terminus befindet. [6]

---

1 So Löwisch, Diss.
2 Dazu Rosenberg, Lehrbuch, § 3; Schmidt, Lehrbuch, S.93f.; Wach, Handbuch I, § 10.
3 So Wach, Handbuch I S. 173, 174-177.
4 Schmidt, Lehrbuch, S.108.
5 Schmidt, Lehrbuch, S.108; Wach, Handbuch I, § 10 III.
6 Auf sämtliche Partikularrechte vor Inkrafttreten der ZPO kann nicht näher eingegangen werden. Im wesentlichen spiegeln sie für den Bereich der Klagen die gemeinrechtliche Prozeßtheorie wider.

## III. Materielles Recht, Aktionenrecht und Streitgegenstand bei Savigny und in der gemeinrechtlichen Prozeßtheorie

### 1. Die Grundlagen des gemeinen Prozesses

Auf der Grundlage des sächsischen und des kammergerichtlichen Prozesses bildeten Gerichtsgebrauch und Juristenrecht nach dem Jüngsten Reichsabschied (JRA) von 1654 den gemeinen Prozeß. [1] Der Jüngste Reichsabschied beseitigte auch für die Reichsgerichte u.a. das Artikularverfahren in Klage und Antwort [2] und verlangte für die Klage mit der Klagbitte die vollständige Angabe des Faktums, [3] was für den Streitgegenstand erheblich war. Der Usus modernus pandectarum ging davon aus, daß der Kläger die ihm günstigste actio geltend machen wollte. [4]

Der gemeine Prozeß war schriftlich, nicht öffentlich und durch das Beweisinterlokut in zwei Abschnitte geteilt, den des Behauptungs- und Beweisverfahrens. Es galten die Verhandlungs- und Eventualmaxime. Die Beweiswürdigung war an feste Beweisregeln gebunden. [5]

Im Gegensatz zur Pandektistik hat die gemeinrechtliche Zivilprozeßtheorie es nicht vermocht, eine dem Privatrechtssystem vergleichbare Systematik des Prozeßrechts zu entwickeln.

Während die Pandektenwissenschaft sich auf einheitliche Grundbegriffe wie subjektives Recht, Willenserklärung und Rechtsgeschäft stützte, fehlten die entsprechenden Grundbegriffe des Prozeßrechts. Die Prozessualisten konnten nicht wie die Pandektisten auf eine naturrechtliche Systematik zurückgreifen, [6]

---

1 Schmidt, Lehrbuch § 11; Wach, Handbuch I § 10 II.
2 Kaufmann, JZ 1964, S.487.
3 § 34 JRA: Kläger solle "seine Klag oder Libell nit Articuls, sondern allein summarischer weiss" übergeben, "darinne das Factum kurtz und nervose, jedoch deutlich und distincte, klar verfaßt und ausgeführt seye, mit angegebener Conclusion und Bitte." zitiert nach Schmidt, Lehrbuch, S.91.
4 Kaufmann, a.a.O.
5 Rosenberg, Lehrbuch, § 3 IV 3.
6 Vgl. Simshäuser, Entwicklung, S.48 f.

da das Naturrecht sich nicht um eine Systematik des Prozeßrechts bemüht hatte.

Ansätze für eine prozessuale Systematik zeigen sich bei der Litis contestatio [1] und der Klageschrift. [2] Ansonsten aber übernahmen die Prozeßrechtler den materiellen Klagerechtsbegriff, die actio, als Bindeglied zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht, ohne die actio als systemtragend anzusehen.

Die Stellung der actio sowie das Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht und die Bedeutung des Prozeßrechts im gemeinen Recht ist im zivilrechtlichen Bereich für die historische Rechtsschule besonders von Friedrich Carl von Savigny untersucht worden, während sich vom Prozeßrecht her besonders Wetzell um die Klärung des Verhältnisses verdient gemacht hat.

## 2. Die Stellung des subjektiven Rechts bei Savigny

Für Savigny ist das subjektive Recht systemtragend. [3] Er sieht das materielle Privatrecht als System der subjektiven Rechte an. [4]

Die vom Naturrecht erarbeitete Idee einer Systematik der subjektiven Rechte [5] veranlaßte Savigny nicht, Anhänger der Naturrechtslehre zu sein. Seine Verbindung mit der naturrechtlichen

---

1 Wetzell, System, S.114 f.; Bayer, Vorträge, S.578 f.
2 Bayer, a.a.O., S.525 f.; vgl. Simshäuser, a.a.O., S.49.
3 System I S.7; siehe dazu Coing, Zur Geschichte des Begriffes "subjektives Recht" in: Coing-Lawson-Grönfors: Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit, S.19; Wilhelm, Methodenlehre, S.62; Vonlanthen, Zum rechtsphilosophischen Streit über das Wesen der subjektiven Rechte, S.11; vgl. auch de Boor, Gerichtsschutz und Rechtssystem, S.14, der das Rechtsverhältnis als den zentralen und wichtigeren Begriff ansieht.
4 System, I, S.3.
5 Dazu Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 373 f.; Wilhelm, Methodenlehre, S.57 f.

Systematik ist nur eine äußere. [1] Das subjektive Recht definiert Savigny als die "der einzelnen Person zustehende Macht, ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht". [2] Im Anschluß an Kants Ethik der sittlichen Autonomie der Person sieht Savigny die Bestimmung des Menschen in seiner Freiheit zu sittlichem Handeln. [3] Das Recht ist für Savigny keine Pflichtenordnung; es schreibt dem einzelnen keine moralischen Gesetze vor. Es "dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer jedem einzelnen Willen innewohnenden Kraft sichert". [4] Dabei hat es der "sittlichen Bestimmung der menschlichen Natur", [5] nicht außerdem einer staatswirtschaftlichen Aufgabe unter dem Namen des öffentlichen Wohls zu dienen. [6]

Das subjektive Recht ist eine "besondere, durch Abstraktion ausgeschiedene Seite des Rechtsverhältnisses", [7] das durch die Willkür einer oder mehrerer Personen geschaffen wird.

Bezugsobjekt der Willensmacht ist einmal die "unfreie" Natur, zum anderen eine "fremde Person". [8] Die unfreie Natur besteht aus einer Vielzahl von "räumlich begrenzten Stücken", von denen ein einzelnes eine Sache ist. Das Recht an einer Sache "in seiner reinsten und vollständigsten Gestalt Eigentum" ist ein Sachenrecht. [9]

---

1 Wieacker, a.a.O., S.359; Wolf, Rechtsdenker, S.469; zum naturrechtlichen Erbe der historischen Schule vgl. Wieacker, a.a.O., S.373 f.; zum Einfluß der Romantik auf die historische Schule, Wieacker, S.360 f., der die historische Schule nicht als wesentliche Schöpfung der Romantik ansieht, sondern Savigny mehr der Klassik der Jahrhundertwende zuordnet.

2 System I, S.7; dazu auch Kiefner, Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19.Jahrhundert,S.10,11.

3 System I, S.331; vgl.dazu Wieacker, a.a.O.,S.375; Kiefner, a.a.O., S.7 ff.; Coing, Zur Geschichte des Privatrechtssystems, S.46.

4 System I, S. 332; vgl. dazu Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S.375; Kiefner, Der Einfluß Kants, S.8,9; Coing, Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, S.26.

5 System I, S.53.

6 Wieacker, a.a.O.

7 System I, S.7.

8 System I, S.334.

9 System I, S.338.

Die Freiheit der menschlichen Person und ihre Bestimmung zu sittlichem Handeln erlaubt es Savigny nicht, eine Person absolut der Willkür einer anderen zu unterwerfen, denn dann wäre auch diese Person Sache wie ein Stück der unfreien Natur. [1] Er bezieht daher die "Herrschaft nicht auf eine fremde Person im ganzen, sondern nur auf eine einzelne Handlung derselben. Diese Handlung wird dann als aus der Freiheit des Handelnden ausgeschieden und unserem Willen unterworfen gedacht". [2] Ein solches Verhältnis der Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person nennt er eine Obligation. Die partielle Unterwerfung des fremden Willens unter den eigenen geschieht durch Willenserklärung. Ein Vertrag ist die gegenseitige partielle Unterwerfung fremden Willens unter den eigenen.

Aus dem Bezugsobjekt der Willensmacht ergibt sich der Unterschied von Obligationsrecht und Sachenrecht.

Daneben besteht als dritte Hauptklasse der Rechte das Familienrecht, [3] das Savigny unter vermögensrechtlichen Gesichtspunkten erörtert. Mit dem Tode des Menschen geht dessen gesamtes Vermögen, das den Gegenstand des Erbrechts bildet, [4] die Summe aller dinglichen und obligatorischen Rechte, auf die Erben über. Das Vermögen als das Bleibende und Wesentliche ist nicht an die Person des Inhabers gebunden. Die einzelnen Inhaber beherrschen das Vermögen nur vorübergehend.

### 3. Der Begriff der actio bei Savigny und in der späteren gemeinrechtlichen Lehre

In Savignys System des heutigen römischen Rechts nimmt die actio eine eigenartige Stellung ein. Einem System, das auf dem subjektiven Recht aufbaut, ist die actio fremd. Das Aktionenrecht bedeutet einen Bruch in der Darstellung von Savigny System. [5]

---

1 System I, S. 338,339.
2 System I, S.339.
3 System I, S. 342 f.
4 System I, S. 385.
5 Vgl. auch de Boor, Gerichtsschutz, S.15, der die Systemwidrigkeit des Aktionenrechts darin sieht, daß eine Klage eine Rechtsverletzung nicht voraussetzt.

Daß Savigny gleichwohl die actio in sein System aufgenommen hat, erklärt sich daraus, daß er als Historiker den Quellen mit der actio als Kernstück des klassischen römischen Rechts gegenüber nicht völlig frei war.

Anfangs war die actio im römischen Recht nur die den Schutz des Gerichtsmagistrats anrufende Verfahrenshandlung des Klägers. [1] Im klassischen römischen Recht war sie der zentrale Begriff, der als ungegliederte Einheit die heute scharf voneinander getrennten Begriffe Recht, Anspruch und Klage enthielt. Sie hatte überwiegend prozeßrechtliche Bestimmungen zum Inhalt, indem sie für den Judex bestimmt war. Sie war nicht nur das formale Recht auf Erteilung der formula oder auf iudicium. Die actio besaß aber auch eine materiellrechtliche Bedeutung und bezeichnete das Recht, vom Gegner das zu erzwingen, was mit dem Prozeßverfahren erreicht werden konnte. [2] In ihr lag die "Macht, die Gewalt des Gerichts wirksam werden zu lassen". [3] Alle materiellen und prozessualen Bedingungen für einen gerichtlichen Sieg waren in ihr enthalten.

Obwohl den Römern der Unterschied zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht bewußt war, [4] haben sie ihre Rechtsordnung nicht streng in materielles und prozessuales Recht geteilt. Ihr Rechtsdenken war weitgehend darauf gerichtet, ob der Prätor dem Verletzten gegen den Verletzer eine Klage vor dem Judex durch Erteilung der actio gewährte, nicht ob der Verletzte ein Recht hatte. Die Rechtsordnung wurde nicht als ein System der Normen, sondern als der prozessualen Klagemöglichkeiten gesehen. [5]

Die actio bezeichnete auch die Stellung gegenüber dem Prozeßgegner. Ihre Definition bei Celsus D. 44.7.51 als "ius quod

---

1 Kaser, Das römische Privatrecht, I § 55 I; Jörs-Kunkel, Römisches Privatrecht § 48,1; Windscheid, actio, S.1; Muther, actio, S.35.
2 Kaser, a.a.O., I S. 197.
3 Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S.58.
4 Kaser, SZ 78, S.175; Kaufmann, JZ 1964, S.483.
5 Schulz, Prinzipien, S.28 f.; Kaser, I S. 197, der an anderer Stelle (S.198) darauf hinweist, daß dieses aktionsrechtliche Denken nicht überbewertet werden darf.

sibi debeatur iudicio persequendi" zwingt aber nicht dazu, der actio allzusehr materiellrechtliche Bedeutung zuzuweisen, [1] denn die celsinische Definition nennt die actio nur das Recht "durch ein Streitgedinge eine geschuldete Leistung zu verfolgen". [2] Prozessuales Vorgehen und materielle Forderung sind so eng verbunden, daß man sie nicht zugunsten einer materiellrechtlichen Regelung auseinanderreißen und die Komplexität des Begriffes außer acht lassen kann. [3] Die heutige Lehre deutet das subjektive Recht in den materiellrechtlichen Aktionenbegriff hinein. Bei der actio in rem habe das dingliche Recht weiter als das Klagerecht gereicht, während bei der actio in personam subjektives Recht und materieller Teil der actio identisch gewesen seien. [4]

Ein Denken in diesen Kategorien war den Römern jedoch aufgrund ihrer Prozeßstruktur fremd. Das subjektive Recht war ihnen zwar nicht unbekannt, doch es war nicht theoretisch durchgebildet und stand nicht im Vordergrund der römischen Rechtsordnung. [5]

Mit der Verdrängung des Formularprozesses führte das spätere Kognitionsverfahren dazu, der actio eine größere materiellrechtliche Bedeutung beizumessen. [6] Die actio war insgesamt das Recht, vom Verpflichteten einen bestimmten Erfolg mit Hilfe des Gerichts zu erlangen. [7] Auch wurde mehr in den Berechtigungen der Rechtssubjekte gedacht. [8] Da in der actio neben dem materiellen weiterhin das Element des Gerichtsschutzes enthalten war und dieses in der actio den Vorrang hatte, wurde das Klagensystem nicht in ein System der Rechte umgebildet.

Savigny konnte daher das subjektive Recht nicht aus den Quellen selbst ableiten, sondern mußte auf die naturrechtliche Systematik der subjektiven Rechte zurückgreifen.

---

1 So aber wohl Kaser, I S.197; Lohmann, Diss., S.10
2 Kaden, SZ 60, S.259
3 Da es hier nur darum geht, den Begriff der actio im römischen Recht im wesentlichen aufzuzeigen, muß darauf verzichtet werden, eine vollständige Deutung der actio zu versuchen.
4 Zum Verhältnis von actio und subjektivem Recht Kaser, I S.198; Kaden, SZ 60, S.258 f.
5 Kaser, I S.173,197,198; Coing, Zur Geschichte des Privatrechtssystems, S.32 f.
6 Kaden, SZ.60, S.258.
7 Kaser, II, S.44.
8 Kaser, II, § 199 I.

Die mittelalterliche Rechtswissenschaft führte das subjektive Recht als Grundelement in die Rechtsordnung ein und erhob sie zur causa der actio. Sie entwickelte parallel zum Aktionensystem ein System von subjektiven Rechten. [1]

Die Prozeßpraxis und ihre Terminologie waren nicht mehr auf die ursprüngliche actio zugeschnitten. Die petitio oder intentio, der prozessuale Antrag, war Grundlage des mittelalterlichen Prozesses. Antrag und materielles Recht wurden unterschieden, jedoch in verständlicher Anlehnung an die Autorität des Justianischen Rechts daraus keine Konsequenzen gezogen und das Verhältnis von subjektivem Recht und prozessualen Möglichkeiten nicht neu gestaltet, [2] vielmehr hatte der Kläger sich und das Gericht auf eine bestimmte actio, Klage, festzulegen, die mit stark materiellrechtlichen Akzenten versehen [3] und das Recht war, von Verpflichteten einen bestimmten Erfolg mit Hilfe des Gerichts zu erlangen. Die actio war die Begründung der petitio, die Rechtsordnung überwiegend ein System der Klagen.

Im 16.Jahrhundert wurde der ursprünglichen actio und ihrem Vorrang vor dem materiellen Recht unabhängig voneinander auf doppelte Weise endgültig der Boden entzogen. Dies geschah einmal von prozeßrechtlicher Seite her, zum anderen von privatrechtlicher Seite durch Donellus.

Im 16.Jahrhundert hörte der Zwang für den Kläger auf, sich und das Gericht auf eine bestimmte actio festzulegen. [4] Zumindest theoretisch waren allein der Antrag und der vom Kläger zur Stützung des Antrags vorgebrachte Sachverhalt entscheidend. Der Kläger machte damit im Prozeß keine bestimmte actio mehr geltend. Im Bereich des Prozeßrechts war die actio nicht mehr zentraler Begriff. Sie konnte nur noch Bedeutung innerhalb des Privatrechts haben, in dessen Bereich sich immer mehr die subjektiven Rechte durchsetzten.

---

1 Coing, a.a.O., S.39-41.
2 Kaufmann, JZ 1964, S. 484.
3 Kaufmann, JZ 1964, S. 486.
4 Schmidt, Lehrbuch, S.87,88,91.

Donellus baute als erster in seinem "Commentatotium de iure civili liber II" das gesamte Privatrecht als ein System materieller subjektiver Rechte, nicht mehr der benannten Klagen, auf, und schuf damit die Grundlage für die noch heute gültige Systematik des Privatrechts. Die actio war nur noch das dem einzelnen subjektiven Recht zugewiesene Rechtsmittel, der Schutz des subjektiven Rechts, [1] dessen untergeordneter Teil. Damit waren im subjektiven Recht des Donellus noch aktionenrechtliche Elemente enthalten, doch erstmals auch für das Privatrecht der Vorrang des subjektiven Rechts vor der actio aufgezeigt.

Da das subjektive Recht in seinem "System des heutigen römischen Rechts" den absoluten Vorrang hatte, blieb Savigny nichts anderes übrig, als die ursprüngliche actio umzudeuten. [2]

Für Savigny ist actio das verletzte subjektive Recht "im Zustand der Verteidigung" [3] gegen den Verletzer. Das statisch gedachte subjektive Recht verwandelt sich durch die Verletzung zum Klagerecht. Das verletzte subjektive Recht ist kein eigenes selbständiges Recht, wie man annehmen könnte, sondern es gehört bei Savigny vielmehr "zu dem Entwicklungsprozeß oder der Metamorphose, die in jedem selbständigen Recht eintreten kann". [4] Im subjektiven Recht selbst begreift Savigny keine aktionenrechtlichen Elemente mehr. [5] Der Gerichtsschutz gehört nicht mehr wie noch bei Donellus zum Begriff des subjektiven Rechts. Dieses hat aber für ihn die Fähigkeit, sich durch die Verletzung zum Klagerecht zu entwickeln. [6]

---

1 Coing, Zur Geschichte des Privatrechtssystems, S.44.
2 Vgl. auch Kaufmann, JZ 1964, S.487,488, der dies darauf zurückführt, daß die Angabe eines nomen actiones nicht mehr erforderlich war, dabei aber den Vorrang des subjektiven Rechts nicht berücksichtigt.
3 System V, S.2.
4 System V, S.3.
5 Vgl. Neussel, Anspruch, S.15.
6 Ebenso Böcking, Pandekten, S.501; von Keller, Pandekten, S.159; Neussel, a.a.O., S.17 bezeichnet die actio Savigny als prozeßrechtliches Gewand des subjektiven Rechts.

Die Definition der actio als Klagerecht, das mit dem subjektiven Recht eine Einheit bildete, war in der späteren gemeinrechtlichen Lehre herrschend. Die actio wurde jedoch nicht wie bei Savigny immer durch eine Verletzung bedingt angesehen. Diese Lehre ordnete dem unverletzten materiellen Recht aktionenrechtliche Elemente zu, und machte damit einen Schritt rückwärts in der Befreiung vom aktionenrechtlichen Denken. [1] So heißt es, die actio sei ein "Annex des subjektiven Rechts, ein Zusatz zu seinem Inhalt", [2] "eine dem Recht innewohnende Macht", [3] "ein Bestandteil des Rechts". [4] Die Rechtsverletzung, die bei Savigny zur actio gehörte, wurde jedoch nicht aufgegeben. Die actio war vor der Verletzung ein mit dem subjektiven Recht verbundenes virtuelles Recht, nach der Verletzung wurde es aktuelles Recht. [5]

Lediglich Hasse beachtete schon frühzeitig das in der ursprünglichen actio enthaltene publizistische Element und definierte die actio als "das Recht zu fordern, daß der Staatswille durch sein Organ, den Richter, ein uns zustehendes Recht ausspreche und verwirkliche". [6] Besonders Muther und dann auch Windscheid sind Hasse später gefolgt.

Seine Auffassung von der actio ermöglicht es Savigny, an die Darstellung des allgemeinen materiellen Rechts im 5., 6. und 7. Band seines Systems des heutigen Römischen Rechts eine Darstellung des Aktionenrechts anzuschließen, das rechtssystematisch mit dem materiellen Recht eine Einheit bildet. Er faßt unter Aktionenrecht alle die "Veränderungen im Inhalt und Dasein der Rechte" zusammen, die durch deren Verletzung und die zur "Bekämpfung derselben bestimmten Anstalten" entstehen. [7]

---

1 Neussel, a.a.O., S.15.
2 Puchta, Pandekten, § 81.
3 Arndts, Pandekten, § 96.
4 Wächter, Pandekten, S.503; vgl. den Überblick bei Windscheid, actio, S.2; Langheineken, Urteilsanspruch, S.2.
5 Baron, Pandekten, S.142; Regelberger, Pandekten I, S.215.
6 Über das Wesen der actio, Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Bd.6, S.9.
7 System V, S.2

Nach Ansicht Savignys treten der Verletzer und der Verletzte durch die Verletzung in ein neues Rechtsverhältnis. Dessen Inhalt bestimmt er dahin, daß der Verletzte vom Gegner die Aufhebung der Verletzung fordern kann. Er nennt das neue Rechtsverhältnis Klagerecht oder auch Klage, und zwar als materielle Befugnisse des Verletzten. Dieses ist für die Abgrenzung zum Prozeßrecht bedeutsam. Savigny vergleicht das Klagerecht mit einer Obligation, denn Kläger und Beklagter stünden sich gegenüber wie Gläubiger und Schuldner. [1] Er versteht unter actio nicht die tatsächliche Handlung des Verletzten. Die Klaghandlung mit ihren Bedingungen und Formen verweist er in die Lehre vom Prozeß und behandelt nur die Klage in ihrer materiellen Bedeutung als Klagerecht. [2]

Für ihn hat jede Klage zwei Voraussetzungen: ein Recht und eine Rechtsverletzung. Fehlt ein Recht, "so ist eine Rechtsverletzung undenkbar; fehlt eine Rechtsverletzung, so kann das Recht nicht die besondere Gestalt einer Klage annehmen. [3]

Die Verletzung dinglicher Rechte führt zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung derselben und gibt dem Verletzten einen Anspruch gegen den Verletzer, die Aufhebung der Verletzung zu fordern. Obligatorische Rechte werden nicht unmittelbar verletzt. Ihre Verletzung geschieht in der Mehrzahl der Fälle dadurch, daß das Dasein des Rechts bestritten wird, [4] der Schuldner sich weigert, zu leisten. Die Nichtleistung hat auf den Bestand des Rechtes keinen Einfluß, da es weiterhin abgetreten werden oder mit ihm aufgrechnet werden kann. [5]

Savigny sieht das materielle Klagerecht vorprozessual, unabhängig vom Prozeß. Der Kläger, der kein subjektives Recht hat, hat auch kein Klagerecht. Die actio Savignys regelt nur die Beziehung des Klägers zu dem Verletzer, und zwar als ausschließlich materielle Befugnis. Die öffentlichrechtliche

---

1 System V, S.5.
2 System V, S.5.
3 System V, S.6.
4 System V, S.6.
5 Vgl. Neussel, Anspruch, S.16.

Beziehung zum Staat, der Gerichtsschutz gewährt, erwähnt er nicht. Die actio ist kein Recht auf iudicium. Im Klagerecht ein publizistisches Recht gegen den Staat zu sehen, lag Savigny fern, da sein Privatrechtssystem nicht politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Zwecken zu dienen hatte. Savigny sieht den Prozeß als einzelnen Vorgang und nicht als soziale Erscheinung. Das Klagerecht hat einen für den Verletzten günstigen Inhalt [1], denn es besteht nur, wenn das subjektive Recht existiert und eine Verletzung desselben vorliegt. Es hat jedoch mit dem Rechtsschutzanspruch Wachs auf ein günstiges Urteil nichts gemein, da ihm jede publizistische Komponente fehlt.

Savigny unterscheidet die Klagen nicht in Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklagen, wie sie heute verstanden werden. Diese strenge Dreiteilung war im gemeinen Recht noch nicht bekannt. Er unterscheidet die Klagen nach Klagegründen. Seine Einteilung bezieht sich "auf ihre Verbindung mit den durch die Klage zu schützenden Rechten", [2] nach den den Klagen zugrundeliegenden verletzten materiellen Rechten. [3] Insofern denkt er noch aktionenrechtlich.

Maßgebender Gesichtspunkt ist für ihn die Einteilung der Klagen in Klagen in personam und in rem, je nachdem, welches Recht verletzt ist.

Klagen in personam sind alle Klagen zum Schutz der Obligationen, und nur dieser. Klagen in rem dienen dem Schutz der Verhältnisse des Sachenrechts, Familienrechts und Erbrechts. [4]

Die Vorläufer der Feststellungsklagen, die Präjudicialklagen, sind für ihn actiones in rem, weil er von der Verletzung eines dinglichen Rechts ausgeht. [5] Savigny stellt dabei nicht auf

---

1 Vgl. Simshäuser, Entwicklung, S.58; Neussel, Anspruch, S.15
2 System V, S.12.
3 Vgl. Simshäuser, Entwicklung, S.54.
4 System V, S.17.
5 System V, S.20,21.

ihre ursprüngliche prozessuale Fassung ab. Diese Präjudicien waren "eine formula mit bloßer intentio, ohne condemnatio, oft also nur eine provisorische Maßregel, um vorläufig das Dasein eines Rechtsverhältnisses festzustellen, von welcher man in einem späteren Rechtsstreit Gebrauch machen wollte". [1] Dieser Auffassung mißt er nur noch historische Bedeutung zu. Sofern die Präjudicien eine Beziehung zu den materiellen Rechten oder Rechtsverhältnissen haben und sich in die allgemeine Klageneinteilung einordnen lassen, haben sie für das "heutige Rechtssystem Bedeutung". [2]

Die Teilungsklagen, Vorläufer der heutigen Gestaltungsklagen, sind actiones in personam, da sie auf Obligationen beruhen. Sie weisen aber die Besonderheit auf, "daß in ihnen zugleich über das streitige Eigentum entschieden werden kann". Insofern sind diese Klagen "tam in rem, quam in personam". [3] Die Adjudikationsklage behandelt er nicht weiter, da sie nur "in drei einzelnen Klagen vorkommt und zur Kenntnis des Wesens der Formel überhaupt wenig beiträgt". [4]

Alle Klagen sind bei Savigny im weitesten Sinn Verurteilungsklagen. [5] Ihnen liegen nach dem heutigen Sprachgebrauch Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten zugrunde. Damit gibt Savigny die im späteren gemeinen Recht herrschende Auffassung über die Klagen wieder. Soweit die gemeinrechtliche Lehre und Rechtsprechung die "Feststellungsklage" allgemein als zulässig erachtete, [6] war sie Klage auf Anerkennung gegen den Gegner. Die Gestaltungsklage in ihren mannigfachen Erscheinungsformen tauchte als selbständige Klageart neben der Leistungs- und

---

1 System V, S.19,20.
2 System V, S.12; vgl. dazu auch Simshäuser, Entwicklung, S. 54,55.
3 System V, S.36.
4 System V, S.67.
5 Zur gemeinrechtlichen Klageneinteilung siehe besonders Wetzell, System, S. 540 f., 553.
6 So besonders Windscheid, actio, S. 16 - 18; vgl. dazu auch Kadel, Zur Geschichte und Dogmengeschichte der Feststellungsklage, S. 35-42.

Feststellungsklage erst im Schrifttum zu Anfang der achtziger Jahre auf. [1]

Da sich das subjektive Recht durch die Verletzung zum materiellen Klagerecht wandelt und zum Aktionenrecht auch die zur Bekämpfung der Verletzung bestimmten Anstalten gehören, behandelt Savigny im allgemeinen Aktionenrecht die duplex actio, die Widerklage, die exceptiones, die Klagenkonkurrenz, bedeutsam für den Untergang der Rechte, die Verjährung sowie die Litiscontestation und das Urteil. Letzteres, weil durch das Urteil die Abwendung der Verletzung erreicht wird. Probleme des heutigen Prozeßrechts waren damit für Savigny solche des materiellen Rechts.

Aus der Stellung der actio als materiellem Klagerecht ergibt sich die Auffassung Savignys vom Prozeßrecht. Dazu gehören seiner Ansicht nach nur die "auf die Herstellung des gestörten Rechtszustandes abzweckenden Formen." [2] Das Prozeßrecht hat demnach für ihn keine eigene selbständige Substanz und ist kein Anlaß für eine nähere Darstellung.

Dieser vom materiellen Recht her gesehenen Deutung der actio entspricht die Auffassung der Zivilprozessualisten selbst. So hat das Zivilrecht nach Wetzell zu klären, wann eine Klage besteht, während die Art ihrer Verwirklichgung ins Prozeßrecht gehört. [3] Die Zivilprozeßtheorie übernahm den materiellen Klagerechtsbegriff aus dem Privatrecht. Bayer weist der Zivilprozeßtheorie lediglich die Aufgabe zu, die Art und Weise des Verfahrens zu erklären. [4] Damit war das Zivilprozeßrecht eine Funktion des materiellen Rechts, [5] der Weg für eine eigenständige zivilprozessuale Dogmatik und Systematik versperrt.

---

1 So im Ansatz zuerst bei Wach, Handbuch I S.12; siehe Seckel, Gestaltungsrechte, S.241 ff.; vgl. auch Schlosser, Gestaltungsklagen, S.18; siehe aber auch Henckel, Parteilehre, S.31,32.
2 System V,2; zur Prozeßökonomie vgl. Savigny, System VI Beilage XVII.
3 System, S.2; ähnlich Bayer, Vorträge, S. 577; Renaud, Lehrbuch, S. 227.
4 Vorträge, S. 2.
5 Vgl. Simshäuser, Entwicklung, S.149.

Wenn auch die Lehre von den subjektiven Rechten und das materielle Aktionenrecht rechtssystematisch eine Einheit bilden und das Aktionsrecht zum materiellen und nicht zum Prozeßrecht gehört, so ist diese formell strenge Trennung von Savigny und den Gemeinrechtlern nicht immer eingehalten worden. Savigny selbst schreibt bei der Rechtfertigung seines Aktionenrechts: "Indem hier diese Absonderung im allgemeinen geltend gemacht wird, soll damit keineswegs das absolute Dasein einer scharfen Grenze und die Notwendigkeit ihrer strengen Beobachtung behauptet werden. Der Prozeß insbesondere, und das hier abzuhandelnde Aktionenrecht stehen in so enger Verbindung, daß es dem Urteil eines jeden Bearbeiters der einen oder anderen Disziplin überlassen bleiben muß, wieviel er von diesem Grenzgebiet zur vollständigen Entwicklung seiner Gedanken in Besitz zu nehmen nötig findet." [1]

Bei der Erörterung der Litiscontestation behandelt er nach seinen eigenen Worten materielle und prozessuale Fragen. [2] Das Urteil sowie dessen materielle Rechtskraft werden im gemeinen Recht sowohl in der Darstellung des allgemeinen materiellen Aktionenrechts [3] als auch des Zivilprozesses abgehandelt. [4] Ein weiteres Beispiel für Überschneidungen bietet die Lehre von den Exzeptionen, Repliken und Dupliken. [5]

Aus der Einheit von subjektivem Recht und der auf die Aufhebung der Verletzung gerichteten materiellrechtlichen actio, dem Klagerecht, das sich gegen den Beklagten richtete, ergibt sich, daß im Prozeß jeweils um das verletzte materielle subjektive Recht gestritten wurde, daß dieses damit als Gegenstand des Verfahrens galt. [6]

---

1 System V, S. 2 Fn.a.
2 System VI, S.65,240,241; siehe auch Wetzell, System § 14; vgl. dazu Simshäuser, Entwicklung, S.56,57.
3 Savigny, System VI § 280-301.
4 Wetzell, System §§ 46,47; Bayer, Vorträge, § 133-142.
5 Savigny, System V § 226-229; Wetzell, System, §§ 17,18.
6 Vgl. auch Nikisch, Streitgegenstand, S.42; Habscheid, Streitgegenstand, S.20; Henckel, Parteilehre, S.20, die lediglich feststellen, daß die actio Streitgegenstand war.

Der Begriff des Streitgegenstandes selbst war dem gemeinen Recht nicht fremd. So schreibt Martin, daß Rechtskraft nur hinsichtlich des "nämlichen Streitgegenstandes" möglich sei.[1] Eine nähere Erörterung jedoch, was Streitgegenstand des gemeinen Prozesses oder warum die actio, das verletzte materielle Recht Streitgegenstand sei, findet sich weder in den Darstellungen des Aktionen- noch des Prozeßrechts. So sagt Savigny lediglich, das Rechtsverhältnis sei Gegenstand des Rechtsstreits,[2] während Bayer betont, Gegenstand des Zivilprozesses sei ein Recht, das wenigstens angeblich verletzt sein müßte.[3]

Der Grund für die fehlende Behandlung des Streitgegenstandes liegt darin, daß der Streitgegenstand für Savigny und auch ansonsten im gemeinen Recht nur schwerlich zu einem Problem werden konnte, denn im Anschluß an die römischen Aktionen bezog sich die gemeinrechtliche Klageeinteilung auf die Klagegründe und hatte nur immer die materiellen Rechte zwischen Kläger und Beklagten zum Gegenstand, waren sämtliche Klagen Verurteilungsklagen. So lag es fern, von der Einteilung der Klagen her als Streitgegenstand etwas anderes als das materielle Recht anzusehen.

Ferner verhinderte das Fehlen einer eigenständigen zivilprozessualen Dogmatik sowie die Subsidiarität des Prozeßrechts, das im Prinzip nur die auf die "Herstellung des gestörten Rechtszustandes abzweckenden Formen" enthielt und eine Funktion des materiellen Rechts war, den Streitgegenstand als prozessuales Problem zu erkennen. Bestimmte das materielle Recht das Wesen der Klage, so war nicht zu erwarten, daß vom materiellen Recht her der Gegenstand des Verfahrens anders als materiellrechtlich festgelegt wurde. Auch Savignys Rechtsverhältnis als Gegenstand des Rechtsstreits ist ausschließlich materiellrechtlich orientiert. Eine Aufteilung des Begriffes Rechtsverhältnis in ein materielles, dessen "besondere durch Abstraktion ausgeschiedene Seite" das subjektive Recht ist, und ein prozessuales ist nicht festzustellen.[4] Es finden sich daher für die

1 Lehrbuch 12, S.198,
2 System VI, S.260, 304.
3 Vorträge, S.45.
4 Vgl. aber auch unten S.67 Fn. 7.

gemeinrechtliche Prozeßtheorie vom theoretischen her keine Ansatzpunkte, am materiellen Recht als Streitgegenstand zu zweifeln und materielles Recht und einen zivilprozessualen Streitgegenstand scharf gegeneinander abzugrenzen. Ob die praktische Behandlung der actio als Gegenstand des Verfahrens dies nahelegte, soll später bei der Darstellung der Bewährungspunkte des Streitgegenstandes untersucht werden.

Die Einheit von materiellem Recht und der auf die Aufhebung der Verletzung gerichteten actio, dem vorprozessual gedachten, auf ein günstiges Urteil gerichteten Klagerecht, legt den Schluß nahe, mit der Klage sei nur das Klagerecht ausgeübt oder geltend gemacht worden, und, wenn sich das Recht im Prozeß als nicht bestehend erwiesen habe, habe der Prozeß keinen Streitgegenstand gehabt. [1]

Dieser Vorwurf gegen die materielle Streitgegenstandstheorien [2] trifft für Savigny und auch sonst im gemeinen Recht nicht zu. [3] So hat Savigny klar erkannt, daß es im Prozeß nur um behauptete Rechte und Rechtsverletzungen geht, wenn er meint, "die Rechtsverletzung (sei) nur in den seltensten Fällen eine anerkannte und zugestandene, ... vielmehr (werde) dieselbe fast immer von der einen Seite behauptet, von der anderen bestritten". [4] Man kann daher nicht sagen, der gemeine Prozeß habe bei Verneinung des Klagerechts keinen Streitgegenstand gehabt. [5] Allerdings wird die Bedeutung der Behauptung eines Rechts für den Gegenstand des Verfahrens nicht näher herausgestellt.

---

1 So Nikisch, Streitgegenstand, S.15, der die Klagerechtstheorien deshalb für den Bereich der Streitgegenstandslehre ablehnt; Habscheid, Streitgegenstand, S.28; siehe auch die kritischen Ausführungen Bülows, ZZP 31, S. 193, 195 Fn. 7, 256 f., 227 Fn. 2 zur Ausübung und Geltendmachung des ebenfalls vorprozessual existenten Rechtsschutzanspruchs bei Wach, Handbuch I, S. 211, 212; Langheineken, Urteilsanspruch, S. 25 f.

2 Siehe oben S.6.

3 Siehe Bayer, Vorträge, S.45; Linde, Lehrbuch, S.63.

4 System VI, S. 2; siehe auch S. 3, 150, 151, 239, 304, 313, 314, 346.

5 Vgl. auch Simshäuser, Entwicklung, S.58.

Die Erkenntnis, daß es im Prozeß immer nur um behauptete Rechte geht, veranlaßte Savigny und die gemeinrechtliche Zivilprozeßtheorie aber nicht, das Klagerecht gegen den Streitgegenstand abzugrenzen. Weder sah man das Klagerecht vom Prozeß her - es bleibt vorprozessual -, noch gestaltete sich der Streitgegenstand zu einem prozessualen Problem. Dies verhinderte die im grundsätzlichen bestehende Einheit von materiellem Recht und Klagerecht, von materiellem Recht und Prozeßrecht, sofern dieses nicht nur auf die äußeren Formen der Prozeßhandlungen beschränkt war.

Galt auch die materiellrechtliche actio gemeinhin als Gegenstand des Verfahrens, so bedeutet das nicht, daß der Kläger sich durch die Anführung eines nomen actionis auf eine bestimmte actio festlegen mußte. Schon der Jüngste Reichsabschied von 1654 befreite den Kläger von diesem Zwang. Die Vielfalt der neu entstehenden Aktionen machte es dem Kläger schwer, die richtige actio in den Prozeß einzuführen. Er brauchte in seiner Klageschrift nur noch einen Antrag zu stellen und Tatsachen vorzutragen, die den Antrag seiner Meinung nach rechtfertigten. [1] Die Angabe einer unzutreffenden actio schadete dem Kläger nicht, sofern die richtige actio erkennbar war, [2] da das Gericht an die actio nicht gebunden war, es sei denn, der Kläger beschränkte sich ausdrücklich auf eine bestimmte actio.[3] Savigny stellt diese Grundsätze nicht infrage, meint aber, der gemeine Prozeß würde durch eine saubere Nomenklatur an Schärfe und Sicherheit gewinnen. [4]

Wenn auch eine genaue Klagenbenennung nicht erforderlich war, so führte das doch nicht dazu, etwas anderes als das verletzte materielle Recht als Gegenstand des Verfahrens anzusehen. Darin liegt kein Widerspruch der gemeinrechtlichen Zivilprozeßtheorie, denn die Klageschrift mußte die Behauptung eines abstrakt anerkannten materiellen Rechts erkennen lassen. [5]

1 Savigny, System V, S.147,148; siehe dazu auch Schmidt, Lehrbuch, S.91; Kaufmann,JZ 64,S.487.
2 Wetzell, System, S.178,521.
3 Savigny, System VI, S.514 f.
4 System V, S.149.
5 Wetzell, System,S.115,521; Bayer,Vorträge,S.526,Renaud,Lehrbuch,S.277; Osterloh,Lehrbuch I S.312; Martin,Lehrbuch[13], S.176,303; Linde, Lehrbuch, S.197-199,252.

Der Jüngste Reichsabschied und auch seine praktische Durchführung beseitigten nicht das aktionenrechtliche Denken. Der Verzicht auf die Nomenklatur brachte es nicht mit sich, daß die Klagbitte und der Tatsachenvortrag den Gegenstand des Prozesses bildeten und das einzelne materielle Recht dabei außer acht gelassen wurde. Aus der Klageschrift ergab sich eine bestimmte behauptete actio, die einem bestimmten subjektiven Recht entsprach, als Gegenstand des Verfahrens. So war die ursprünglich in der Klageschrift fest benannte actio nach dem Jüngsten Reichsabschied lediglich durch das verletzte materielle Recht ersetzt. Das wird deutlich, wenn man sich die Anforderungen an die Klageschrift vor Augen hält.

Diese mußte erstens einen Rechtsgrund (Klagegrund), zweitens die Geschichtserzählung und drittens ein Gesuch enthalten. [1] Mit dem abstrakt anerkannten Klagegrund, dem Rechtsgrund, dem sogenannten fundamentum agendi remotum stand der Tatsachenvortrag, der konkrete Klagegrund, das sogenannte fundamentum agendi proximum in dem Zusammenhang, daß sich das Gesuch, der Antrag, aus der Subsumtion der Tatsachen unter den Rechtsgrund ergeben mußte. [2]

Die einzelnen Merkmale der actio wurden auf die Weise in den Prozeß eingeführt, daß dem verletzten subjektiven Recht im Klaglibell der Klaggrund, der Rechtsgrund entsprach. Das Klagerecht war zugleich die Befugnis, vom Verletzten die Aufhebung der Verletzung zu fordern. Dem entsprach in der Klageschrift das Sachgesuch, während die Geschichtserzählung den das verletzte materielle Recht individualisierenden Tatsachen vergleichbar war. Der Gegenstand des Verfahrens war daher nach wie vor durch die einzelne actio bestimmt.

---

1 Siehe z.B. Bayer, Vorträge, S.525; zur Frage, inwieweit bei einer actio in rem wegen der Natur des absoluten Rechts eine Geschichtserzählung notwendig war; siehe bejahend Bayer, Vorträge, S.531; verneinend Wetzell, S.115,116,580,583.

2 Bayer, Vorträge S.388,389,538; Endemann, Zivilprozeßrecht, S.414,618f.; Linde, Lehrbuch, S.199,200; Renaud, Lehrbuch, S.226,227; Martin, Lehrbuch[13], S.202, 302-306; a.M. Wetzell, System S.972, bei dem Gesuch und Begründung der Klage nebeneinanderstehen; vgl. dazu auch Simshäuser, Entwicklung, S.62-65.

Aus dem Umstand, daß die gemeinrechtliche Prozeßpraxis ein Gesuch und die Angabe von Tatsachen verlangte, läßt sich nicht der Schluß ziehen, der Streitgegenstand des gemeinen Rechts sei zweigliedrig gewesen. [1] Allein der Umstand, daß der Kläger Tatsachen anführen mußte, besagt nicht, daß diese zum Streitgegenstand gehörten, sondern besagt nur etwas über die Verantwortung für die Stoffsammlung.

Von einer Zweigliedrigkeit des Streitgegenstandes im heutigen Sinne kann man nur sprechen, wenn man als Streitgegenstand nicht ein materielles Recht ansieht, sondern eine Rechtsbehauptung als Rechtsfolgebehauptung, oder das Begehren, mit dem sich der Kläger an das Gericht wendet. Bei diesen prozessualen Streitgegenstandsdefinitionen substantiiert der Sachverhalt das Begehren oder die Rechtsbehauptung. Zielte die Klage des gemeinen Rechts aber auf eine bestimmte actio hin, so kommt dem Sachverhalt mehr die Bedeutung zu, das geltend gemachte materielle Recht von anderen materiellen Rechten abzugrenzen. Der Sachverhalt individualisiert im grundsätzlichen eher das materielle Recht als daß er es substantiiert. [2]

Es ist problematisch, die gemeinrechtliche Auffassung vom Gegenstand des Verfahrens der Individualisierungs- oder Substantiierungstheorie [3] zuzuordnen. Denn der absolute Vorrang des materiellen Rechts mit der materiellen Betrachtungsweise des Klagegrundes und die mangelnde Ausgeprägtheit des Prozeßrechts sprechen zunächst für die Individualisierungstheorie. [4]

Die Verpflichtung zur Anführung von Tatsachen nach § 34 JRA sowie die Eventualmaxime mit der Aufteilung des Verfahrens zeigen aber auch, daß die gemeinrechtliche Prozeßtheorie nicht von der Individualisierung in ihrer reinsten Form ausgegangen ist. Der Kläger konnte sich nicht darauf beschränken, seinen Tatsachenvortrag dahin einzuengen, daß er Eigentümer der Sache

1 So aber wohl Löwisch, Diss.S.90.
2 Vgl. auch Habscheid, Streitgegenstand, S.187
3 Zu diesen Theorien Habscheid, Streitgegenstand S.184-191; Robinow, Streitgegenstand, S.13 f.
4 a.M. Gaupp-Stein, 9 § 253 Anm. III 3.

sei, daß er eine bestimmte Sache verkauft habe. Er mußte auch die seinem Recht zugrundeliegenden Tatsachen vortragen. Dies tat er aber nicht, ohne ein ganz bestimmtes materielles Recht zu berücksichtigen, das damit im wesentlichen den Klagegrund bestimmte.

Es war Sache des Richters, zu überprüfen, ob dieses Recht auch wirklich gegeben war. Wenn damit die in die Geschichtserzählung aufzunehmenden Tatsachen nicht allein von dem abstrakt bezeichneten Gesuch, sondern von dem konkret gewählten Rechtsgrund und damit letztlich von der actio abhingen, dann hatte der Sachverhalt keine so entscheidende Bedeutung, daß er zusammen mit dem Antrag einen zweigliedrigen Streitgegenstand bildete.

## 4. Die Bewährungspunkte des Streitgegenstandes in der gemeinrechtlichen Prozeßtheorie

Ist bisher der Gegenstand des Prozesses von der theoretischen Grundlage her beleuchtet worden, so sei nun der Versuch unternommen, die actio, wie sie Savigny verstand, an den Bewährungspunkten des Streitgegenstandes zu schildern. Im gemeinen Recht werden die Bewährungspunkte des Streitgegenstandes, die Klagehäufung, Klageänderung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft zum Teil in prozeßrechtlichen, zum Teil in aktionenrechtlichen Darstellungen behandelt. Der Grund liegt darin, daß sich Aktionenrecht und Prozeßrecht teilweise überschneiden.

Die Subsidiarität des Prozeßrechts und seine mangelnde theoretische Grundlage haben zwar bei den Bewährungspunkten des Streitgegenstandes Gegensätze, wie sie im rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Bereich in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts bestanden, nicht zur Entstehung gelangen lassen. Es sei jedoch nur auf die spätere gemeinrechtliche Literatur Bezug genommen, die sich im grundsätzlichen mit Savignys Rechtsdenken einig weiß. [1]

1 Lediglich Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses soll aus der früheren gemeinrechtlichen Prozeßliteratur Beachtung finden, um die Behandlung des Streitgegenstandes im gemeinen Recht um die Jahrhundertwende aufzeigen zu können. Der zwischen Gönner und Savigny bestehende dogmatische Gegensatz ist für die Bewährungspunkte des Streitgegenstandes nicht von Bedeutung.

a. Die Klagenhäufung.

Die Klagehäufung wurde allgemein als zulässig angesehen. Die Schriftlichkeit des Verfahrens sowie der Verzicht auf die Formenstrenge der römischen Aktionen ermöglichten die Verbindung mehrerer actiones desselben Klägers gegen denselben Beklagten in einer Klageschrift, sofern das Gericht für sämtliche actiones zuständig war, dieselbe Verfahrensart vorlag und die Verbindung mehrerer actiones den Prozeßverlauf nicht störte. [1] Diese "objektive" [2] Klagehäufung führte, wie auch heute, in der Regel nicht zu besonderen Problemen, sofern mehrere actiones eines Klägers gegen denselben Beklagten nicht auf das gleiche Ziel gerichtet waren, denn dann war die Verbindung der actiones keine innere, sondern nur äußerlich. Jedem Petitum entsprach eine bestimmte actio mit einem bestimmten Sachvortrag. In einem solchen Fall der kumulativen Klagehäufung wurde über jede Klage einzeln entschieden. [3]

Bei der Prüfung der weiteren Zuslässigkeit einer Klagehäufung ist auf Grundsätze des materiellen Rechts zurückzugehen. Der kumulativen Klagehäufung entsprach im materiellen Recht die kumulative Klagenkonkurrenz, [4] ein Beweis für die enge Verbindung von materiellem Recht und Prozeßrecht. Die Klagehäufung war die prozessuale Ausgestaltung der Klagenkonkurrenz. Letzterer Begriff ist bei der Kumulation von Klagen insofern ungenau, als die Konkurrenz ursprünglich besagte, daß mehrere gleichzeitig vorhandene Klagen in einem sich ausschließenden Verhältnis standen. [5] Bei der kumulativen Konkurrenz bestehen jedoch

---

1 Savigny, System V, S.210; Endemann, Zivilprozeßrecht, S.630; Linde, Lehrbuch, S.253,254; Osterloh, Lehrbuch II, S.22; Renaud, Lehrbuch S.139; Bayer, Vorträge, S.543,544; Martin, Lehrbuch[12], S.162,163; Wetzell, System, S.857, Mühlenbruch, Pandekten I, § 140; vgl. auch Löwisch, Diss. S.56.

2 kritisch zur Übertragung des Begriffes objektiv auf die Klagenkonkurrenz Savigny, V, S.211.

3 Endemann, Zivilprozeßrecht, S.631; Linde, Lehrbuch, S.254; Bayer, Vorträge, S.544; Martin, Lehrbuch[12], S.162,163; auch schon Gönner, Handbuch I, S.523.

4 Mühlenbruch, Pandekten I, § 140; Linde, Lehrbuch, S.253-255; Endemann, Zivilprozeßrecht, S.631, Martin, Lehrbuch[12], S.162, 163; auch schon Gönner, Handbuch I, S.523, kritisch zum Begriff der kumulativen Klagenkonkurrenz Savigny, System V, S.210,211.

5 so besonders Savigny, V, S.212,213.

die Klagen für sich nebeneinander.

Im gemeinen Recht bedeutete Klagenkonkurrenz im weitesten Sinn Zusammenhang mehrerer Aktionen in einem gemeinsamen Anknüpfungspunkt. Der unterschiedliche Zusammenhang zwischen den Aktionen entschied darüber, ob überhaupt eine Häufung vorlag und ob sie zulässig war. Bei der kumulativen Klagehäufung war der Zusammenhang der Aktionen nur äußerlich, die Klagehäufung somit zulässig. Die unterschiedliche Terminologie und die ungenaue Bestimmung der Klagenkonkurrenz lassen es schwierig erscheinen, ihre Bedeutung für die Klagehäufung im späteren gemeinen Recht näher festzulegen. [1]

Das eigentliche Problem der Klagenkonkurrenz bildete die elektive Konkurrenz. [2] Dazu gehörten einmal die Fälle, in denen der Kläger mehrere Aktionen zur Verfügung hatte, die nicht denselben Zweck verfolgten, ihm aber nur die Wahl ließen, eine der Klagen anzustellen. In diesem Fall schloß die Wahl der einen actio die andere actio von vornherein aus, entweder wegen Unvereinbarkeit der zu verfolgenden Ansprüche oder aufgrund besonderer Rechtsvorschriften. [3] Eine Klagehäufung war begrifflich nicht möglich, [4] da der Kläger sich von vornherein für eine bestimmte actio entscheiden mußte.

Schwierigkeiten bereiteten auch schon im gemeinen Recht die Fälle, in denen der Kläger mehrere auf das gleiche Ziel gerichtete actiones hatte, er den angestrebten Erfolg aber nur einmal erreichen konnte. Dies war die Klagenkonkurrenz im eigentlichen engeren Sinn. Sie betraf die heutige Problematik der zivilrechtlichen Anspruchskonkurrenz im Rahmen des Streit-

---

1 Vgl. auch Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S.20,21.

2 Besonders Savigny,System V,S.212 d.; siehe auch Wetzell, System,S.587; Martin, Lehrbuch[12], S.163; auf die Fälle der sukzessiven Kumulation einzugehen, (vgl.Savigny,System V, S.211,212) wie Löwisch,Diss.S.59 es tut, erscheint nicht geboten, da sie das Streitgegenstandsproblem nicht näher berühren.

3 Wetzell, System, S.587; Savigny, System V, S.256-259; Bayer, Vorträge, S.545,546; Arndts,Pandekten § 105; auch schon Gönner, Handbuch, S.523.

4 Vgl. auch Löwisch, Diss.,S.58, die zu Unrecht nur diese Fälle zur elektiven Konkurrenz zählt.

gegenstandes sowie die Klagen, bei denen eine Anspruchskonkurrenz zwar nicht vorlag, der zu erreichende Zweck aber identisch war.

Ein Vergleich zwischen der Anspruchskonkurrenz und der Klagenkonkurrenz des gemeinen Rechts ist im Bereich der Klagehäufung nur bedingt zulässig, da die jeweiligen Ansatzpunkte verschieden sind. Während die Klagenhäufung nach § 260 ZPO in Verbindung mit der materiellen Anspruchskonkurrenz ein zivilprozessuales Problem mit Anklang an das materielle Recht ist, das vom Prozeßrecht her zu lösen ist, war die Klagenkonkurrenz eine Frage des Zivilrechts, die für den Prozeß von Bedeutung war. [1] Die Anspruchskonkurrenz besagt, daß Ansprüche auf verschiedenen Entstehungsgründen beruhen und dennoch auf das gleiche Ziel gerichtet sein können, daß sie nebeneinanderstehen, und stellt damit zunächst einen Zustand dar. Der Grundsatz der Klagekonkurrenz sollte verhindern, daß der durch eine Klage geforderte und zuerkannte Gegenstand noch einmal gefordert werden konnte. Die Klagenkonkurrenz sprach eine Rechtsfolge aus, die nicht mit der Rechtskraft zu verwechseln war. [2]

Während heute der Antrag sowie die Tatsachenschilderung eine Prüfung aller rechtlichen Gesichtspunkte zur Folge hat und im Fall der herkömmlichen Anspruchskonkurrenz eine Klagehäufung nicht vorliegt, war der Klagegrund im gemeinen Recht weitgehend auf eine bestimmte actio zugeschnitten. Besaß der Kläger mehrere auf das gleiche Ziel gerichtete actiones, so war es ihm in der Regel gleichgültig, welche actio ihm schließlich zum Erfolg verhalf. Die Kumulation mehrerer denselben Zweck verfolgender actiones erforderte eigentlich für jede actio im Klaglibell ein getrenntes Petitum und eine getrennte Anführung von Tatsachen, aus denen sich die actio ergab. Der Kläger konnte diesen Weg wählen, und darin liegt der entscheidende Unterschied zur heutigen Auffassung von der Klagehäufung. Jede actio war Streitgegenstand; so viele actiones der Kläger besaß, auch wenn sie auf das gleiche Ziel gerichtet waren, soviele Streitgegenstände lagen vor. Mehrere actiones bedeuteten

1 Bayer, Vorträge, S.543; Linde, Lehrbuch, S.208
2 Savigny, System VI, S.415.

auch im prozessualen Sinn eine Klagehäufung. Dem Kläger standen die eventuelle und die alternative Klagehäufung zur Verfügung. Bei der alternativen Klagehäufung stellte er es dem Gericht anheim, welche actio es anerkannte, [1] so in den Fällen, in denen er im Zweifel war, welche actio die passende sei. Die eigentliche Problematik der Anspruchskonkurrenz wurde über die eventuelle Klagehäufung gelöst. Diese besagte, daß der Kläger die zweite Klage für den Fall angestellt habe, daß die zunächst erhobene Klage nicht zum Ziel führe. [2] In diesem Fall war die Abgrenzung der actiones für das Gericht einfach.

Wählte der Kläger aber ein einheitliches Petitum, so ließ dieses zunächst eine Klagehäufung nicht erkennen. Dann ergaben sich aus dem Klagegrund die verschiedenen actiones, die, obwohl auf dem gleichen Tatsachenvortrag beruhend, nicht miteinander identisch waren. Aus den jeweiligen Besonderheiten des Klagegrundes folgten die speziellen actiones, die das gleiche juristische Ziel verfolgten. Im Klagegrund hatte der Kläger die eventuelle Kumulation vorzubringen. Prozessual lag damit eine Klagehäufung vor. Eine alternative Kumulation war jedoch im Gegensatz zur eventuellen Kumulation nicht allgemein anerkannt, sofern das Petitum einheitlich war. Wetzell [3] lehnte sie ab, weil die alternative Klagestellung auch bei der Klagenkonkurrenz im eigentlichen Sinne unbestimmt ließe, welche der beiden zuständigen Klagen eigentlich angestellt sein sollte. Das ist nicht weiter verwunderlich, weil gerade Wetzell nur ungern auf eine Nomenklatur verzichtete. Er befürwortete stattdessen eine eventuelle Kumulation und meinte, wenn der Kläger eine alternative Klagehäufung angestellt habe, habe er vielfach eine eventuelle gemeint. [4]

Es findet sich damit die Besonderheit, daß bei Vorliegen mehrerer, auf das gleiche Ziel gerichteter actiones das gemeine Recht nicht etwa wie das moderne Prozeßrecht eine Klagehäufung verneinte, sondern von einer eventuellen oder alternati-

1 Bayer, Vorträge, S.545, ebenso Gönner, Handbuch I, S.524.
2 Wetzell, System, S.840; Linde, Lehrbuch, S.254; Gönner, Handbuch I, S.523.
3 System, S.839.
4 System, S.842.

ven Kumulation ausging. Der Grund dafür liegt im aktionenrechtlichen Denken der gemeinen Prozeßtheorie, die es nicht vermochte, den Prozeß unabhängig von der einzelnen bestimmten actio zu sehen. Da der Kläger sich materiellrechtlich auf mehrere actiones berief, lag auch prozeßrechtlich eine Klagehäufung vor. Es fehlte die grundlegende Erkenntnis, daß der Kläger im Prozeß einen Streitfall entschieden haben will, bei dem es ihm gleichgültig ist, ob aus dieser oder jener materiellen Rechtsnorm der Klage stattgegeben wird. Die Behandlung der Klagehäufung zeigt, wie kritiklos die einzelne actio als Gegenstand des Verfahrens angesehen wurde. Sie bot keinen Anlaß, die Frage nach dem Streitgegenstand als prozessualem Institut zu stellen, denn für die Frage der Klagehäufung kam es nur auf die einzelne actio an, das Verhältnis zu anderen Prozessen wurde nicht davon berührt. Die Lösung der die Klagehäufung betreffenden Probleme erfolgte, ohne daß sich die gemeinrechtliche Prozeßtheorie auf einen anderen Begriff des Streitgegenstandes als den der actio berief.

b. Die Klageänderung

Die gemeinrechtliche Prozeßtheorie ging davon aus, daß die Klageänderung vor der Litiscontestation gegen Ersatz der Kosten statthaft, nach der Litiscontestation in der Regel ausgeschlossen sei. [1] Etwas anderes galt nach der Litiscontestation nur, wenn der Beklagte sich mit der Klageänderung einverstanden erklärte. [2] Der Grund für das Klageänderungsverbot ist in der den gemeinen Prozeß mitbeherrschenden Eventualmaxime zu finden, wonach der Beklagte verpflichtet war, seine gesamte Verteidigung schon in der Klagebeantwortung vorzubringen. Mit der Klagebeantwortung war der Prozeß festgelegt. [3]

1 Savigny, System VI, S.241; Bayer, Vorträge,S.530; Wetzell, System, S.956; Endemann, Zivilprozeßrecht, S.403; Heffter, System, S.441,442; Linde, Lehrbuch,S.270; auch schon Gönner, Handbuch, I S.429; vgl. zum Klageänderungsverbot im gemeinen Recht Schmidt, Klageänderung, S.125 f.
2 Wetzell, a.a.O.; Endemann, a.a.O. Bayer, Vorträge S.551.
3 Vgl. Löwisch, Diss. S.52.

Klageänderung in diesem Sinn waren nicht Verbesserung und Berichtigung oder Erläuterung der Klage. Maßstab für diese Punkte war, ob die Veränderung der formellen Klage Anlaß zu einer neuen Verteidigung gab. [1] Klageänderung im gemeinen Prozeß setzte eine Änderung der actio voraus, was ein Zeichen für das den gemeinen Prozeß noch beherrschende aktionenrechtliche Denken ist.

Das erscheint verwunderlich, wird aber verständlich, wenn man berücksichtigt, daß auch nach dem Verzicht auf eine Nomenklatur eine ganz bestimmte actio sich als Gegenstand des Verfahrens herauskristallisierte.

Die actio, sowie sie in den Prozeß eingeführt worden war, wurde verändert, wenn ein wesentliches Klagemerkmal verändert wurde. Merkmale der Klage waren der Klagegrund, das verletzte subjektive Recht in seiner Richtung gegen den Verletzten, wozu die Tatsachen gehörten, die eine Einordnung der Rechte ermöglichten, sowie das Gesuch, der Antrag.

Eine Ausnahme vom Klageänderungsverbot bestand insofern, als der Kläger unter bestimmten Voraussetzungen vom bisherigen Prozeß absehen und zum neuen Prozeß mit einer neuen actio übergehen konnte. Er war dem Beklagten dabei zum Ersatz der entstandenen Kosten verpflichtet. [2] Der Übergang vom bisherigen Prozeß zum neuen Prozeß stellt nach heutiger Terminologie eine Klagerücknahme und neue Klagerhebung dar. Er war nur möglich, wenn der neuen actio nicht die exceptio rei iudicatae für den Fall entgegengestanden hätte, daß die ursprüngliche actio abgeurteilt worden wäre. [3] Hätte der neuen actio diese Einrede entgegengestanden, wäre eine Klageänderung auf diese Weise nicht möglich gewesen, sondern nur, wenn sich der Beklagte einverstanden erklärte. Dies zeigt, wie sehr die einzelne bestimmte actio nach der Litiscontestation Gegenstand des Verfahrens war, und wie sorgfältig der Kläger seine actio auswählen mußte. Ein Wechsel von der einen actio zur anderen,

---

1 Wetzell, System, S.956; Bayer, Vorträge, S.550.
2 Bayer, Vorträge, S.550,551; Gönner, Handbuch, S.436.
3 Wetzell, System, S.957; Bayer, Vorträge, S.551.

auch wenn sie auf das gleiche Ziel gerichtet war, war gegen den Willen des Beklagten nicht mehr möglich, sofern sich die Rechtskrafteinrede auf sie erstreckte. Damit trug das gemeine Recht im Bereich der Klagen dem Umstand Rechnung, daß es verschiedene actiones, nach moderner Rechtsauffassung Ansprüche gab, die nicht miteinander identisch, aber auf dasselbe Ziel gerichtet waren, die einen "gemeinschaftlichen juristischen Gegenstand" hatten. [1]

Der Regelung des Überganges von der alten zur neuen actio unter Berücksichtigung der exceptio rei iudicatae liegt im Ansatz die richtige Auffassung zugrunde, daß im Prozeß indirekt die Gesamtheit aller actiones, die auf das gleiche Ziel gerichtet waren, den Gegenstand des Rechtsstreits bildeten, betrachtet man den Prozeß als nicht mehr in der Schwebe befindlich, sondern als abgeschlossen. Der entscheidende Unterschied zu der heutigen Lehre ist aber, daß die zweite actio, sofern sie noch nicht über die Klagehäufung in den Prozeß eingeführt war, nicht näher erörtert und auch nicht unmittelbar über sie entschieden wurde.

Der Ausnahmecharakter dieser Besonderheit bei der Klageänderung sowie die Einheit von materiellem Recht und Aktionenrecht und das Fehlen einer wirklich eigenständigen Prozeßrechtswissenschaft verhinderten, dieser Besonderheit auch in selbständigen Begriffen des Prozeßrechts oder einer Untersuchung des Gegenstandes des Verfahrens Rechnung zu tragen. So war für die Frage, ob eine Klageänderung vorlag, maßgebend, ob die nunmehr geltend gemachte actio mit der vorherigen identisch war.

c. Die Rechtshängigkeit

Die Rechtshängigkeit hat in der gemeinrechtlichen Prozeßliteratur keine besondere Aufmerksamkeit erlangt. Eine eingehende Untersuchung der den Streitgegenstand betreffenden Fragen im Rahmen der Rechtshängigkeit ist nicht festzustellen. Während

1 Savigny, System V, S.208; dazu näher bei der Behandlung der Rechtskraft.

im römischen Prozeß die auf der Klagenkonsumption beruhende exceptio rei in iudicium deductae zur Anwendung kam, [1] galt im gemeinen Recht die exceptio litis pendentis, die Einrede der Rechtshängigkeit. [2] Diese war enger als die exceptio rei in iudicium deductae, die besagte, daß eine vor dem Judex eingeführte "res" nicht noch einmal verhandelt werden konnte, denn sie sollte im Gegensatz zu dieser die gleichzeitige Verhandlung derselben Sache verhindern. [3]

Die Erörterungen der gemeinrechtlichen Prozeßwissenschaft beziehen sich jedoch nicht so sehr auf den für den Streitgegenstand interessierenden Umfang der Rechtshängigkeit als vielmehr auf ihren Zeitpunkt. Überwiegend nahm man an, die Wirkung der Rechtshängigkeit beginne mit der Insinuation des ersten gerichtlichen Dekrets. [4] Doch es wurde auch noch in enger Anlehnung an das römische Recht die Meinung vertreten, die Rechtshängigkeit setze mit der Einlassung des Beklagten ein. [5]

Darüber, wann dieselbe Streitsache vorlag, die nicht gleichzeitig verhandelt werden konnte, finden sich, wenn überhaupt, nur kurze ungenaue Angaben. So soll dem Beklagten die exceptio litis pendentis zustehen, wenn der Kläger während des Prozesses "dieselbe Klage" [6] oder eine "identische Klage" [6] gegen denselben Beklagten anstellt, wenn Identität zwischen den Sachen besteht, [7] das "nämliche Streitverhältnis" vorliegt. [8]

Diese Angaben lassen erkennen, daß sicherlich immer dann, wenn dieselbe actio zur gleichen Zeit ein zweites Mal geltend ge-

---

1 Savigny, System VI, S.266-286.
2 Bayer, Vorträge, S.560; Wetzell, System S.573; Francke, AcP 16, S.434.
3 Vgl.auch Löwisch, Diss., S.62.
4 Bayer, Vorträge, S.560; Wetzell, System, S.573; Endemann, Zivilprozeßrecht, S.404; Osterloh, Lehrbuch II, S.29; Francke, AcP 16, S.448.
5 Linde, Lehrbuch, S.270; ungenau daher Löwisch, Diss., S.61,62, wo nur auf die erste Meinung abgestellt wird.
6 Bayer, Vorträge, S.560; Osterloh, Lehrbuch II, S.51,
7 Heffter, System, S. 174.
8 Renaud, Lehrbuch, S.170.

macht wurde, die Einrede der Rechtshängigkeit gegeben war. Unklar ist jedoch die Behandlung der Klagenkonkurrenz im eigentlichen Sinne im Rahmen der Rechtshängigkeitseinrede. Diese Unklarheit ergibt sich aus der Tatsache, daß die Klagenkonkurrenz außer bei Heffter [1] und Wetzell [2] für die Rechtshängigkeit nicht erwähnt wird. Ohne auf Heffter und Wetzell einzugehen, hat dies Löwisch veranlaßt, die Fälle der Klagenkonkurrenz von der Rechtshängigkeitseinrede auszuschließen. Davon ausgehend, daß die Eigenart der actiones in ihrer gemeinsamen Ausrichtung auf ein bestimmtes Ziel lag, mit dessen Erreichung durch eine der actiones die übrigen actiones entfielen, zieht Löwisch den Schluß, daß die einzelnen actiones bis zur Erreichung dieses Zwecks selbständig und voneinander unabhängig blieben. [3] Diese Ansicht erfährt weitere Begründung durch den Wandel der exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae, die auch die Klagenkonkurrenz erfaßte, zu den exceptiones rei iudicatae und litis pendentis, den Wandel von "res" zu "lis".

Blieben die einzelnen actiones im gemeinen Recht so weitgehend nebeneinander rechtlich selbständig, daß dem Beklagten die Einrede der Rechtshängigkeit bei mehreren auf das gleiche Ziel gerichteten actiones nicht zustand, so konnte über jede einzelne actio entschieden werden. Es bestand dann die Möglichkeit, daß der Beklagte zu derselben Leistung gleichzeitig mehrfach verurteilt wurde. Diese Überlegung zeigt, daß aus der fehlenden Einbeziehung der Klagenkonkurrenz in die Rechtshängigkeit durch die Prozeßliteratur und aus der Wortwahl "dieselbe Klage, Identität der Sache" nicht der zwingende Schluß gezogen werden muß, die Einrede der Rechtshängigkeit sei nur bei völliger Identität der actio gegeben gewesen, wenn es auch die herrschende Meinung gewesen zu sein scheint. Für diese könnte sprechen, daß auch bei der Klagehäufung die Möglichkeit einer doppelten auf das gleiche Ziel gerichteten Verurteilung gesehen wurde. Es waren die Urteile aus prozeßökonomischen Gründen dann so zu fassen, daß vom Beklagten

1 System, S.174.
2 System, S.126,573.
3 Diss., S.63.

nicht mehrfach dasselbe beigetrieben werden konnte, und zwar auf die Weise, daß dem Kläger das Begehrte nur einmal zuerkannt wurde. [1]

Abweichend von der allgemeinen Regelung gewährt Heffter [2] zwar bei der Klagenkonkurrenz nicht die Einrede der Rechtshängigkeit, - diese gesteht er dem Beklagten nur bei völliger Identität zu - empfiehlt aber die Aussetzung des Verfahrens. Die Figur des Rechtsschutzinteresses als Prozeßvoraussetzung war im gemeinen Prozeß noch nicht bekannt. Diese wurde erst über den Rechtsschutzanspruch entwickelt. [3] Wetzell hingegen behandelt die exceptio litis pendentis analog der exceptio rei iudicatae und bezieht die Fälle der Klagenkonkurrenz mit in die Rechtshängigkeit ein. [4] Er erreicht damit eine einheitliche Betrachtung der actio als Gegenstand des Verfahrens bei der Klagehäufung, Klageänderung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft, ohne aber daraus die Konsequenz zu ziehen, als zumindest mittelbaren Gegenstand des Verfahrens die Summe aller auf das gleiche Ziel gerichteten actiones nach dem Merkmal der "eadem res" anzusehen. Dafür war die Einrede der Rechtshängigkeit zu belanglos, um an ihr das Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht neu zu durchdenken.

Da nach dem aktionenrechtlichen Denken die einzelne, genau abgegrenzte actio Gegenstand des Verfahrens war, war nach herrschender Meinung die Einrede der Rechtshängigkeit nur gegeben, wenn die actiones beider Prozesse identisch waren.

d. Die Rechtskraft

Von allen Bewährungspunkten des Streitgegenstandes hat die materielle Rechtskraft in der gemeinrechtlichen Literatur die größte Beachtung gefunden. Ausgangspunkt für die gemeinrecht-

1 Wetzell, System, S.840.
2 System, S.174.
3 Rosenberg, Lehrbuch, S.438.
4 System, S.126 Fn. 48, 573.

lichen Rechtskrafttheorien ist die römische exceptio rei iudicatae. Es sind dabei die unterschiedlichsten Meinungen über die Funktion [1], die für den Streitgegenstand nicht so erheblich ist, und den Umfang der Rechtskraft festzustellen.

Die Einrede der Rechtskraft war zunächst immer dann gegeben, wenn der neue Rechtsstreit sich auf dieselbe actio bezog. Einige Prozessualisten [2] beschränkten die exceptio rei iudicatae auf die identische actio. Bei der Frage, wann eine solche vorlag, war zu unterscheiden zwischen der persönlichen und der dinglichen Klage.

Die persönliche Klage wurde individualisiert durch den Klagegrund, der die Tatsachenschilderung mitenthielt. Durch die Veränderung des Entstehungsgrundes veränderte die obligatio ihre individuelle Natur. Auch bei identischen Namen der actio lag dennoch keine identische actio vor, die von der Rechtskraft ergriffen wurde. [3]

Etwas anderes galt bei der dinglichen Klage. Bei dieser blieb das dingliche Recht immer dasselbe. Die möglichen Erwerbsgründe waren nur die Mittel, mit denen der Kläger versuchte, den Rich-

---

1 Die exceptio rei iudicatae beruhte wie die prozessuale Konsumption, die das Prinzip der Klagenkonkurrenz beherrschte, auf dem Satz "bis de eadem re ne sit actio" (Liebs, SZ 1967, S.104,105). Sie hatte im römischen Recht ursprünglich nur eine negative Funktion, daß nicht noch einmal über dieselbe actio entschieden werden sollte. (Savigny, System VI, S.272) Später kam die positive Funktion hinzu, daß sie widersprüchliche Urteile verhindern sollte (Savigny, System VI, S. 272-276). Während die positive Funktion im gemeinen Recht erhalten blieb, wurde die negative Funktion überwiegend verneint (Savigny, System VI, S.261,307,403,511; Windscheid, actio, S.117,118; Arndts, Pandekten, § 116; Vangerow, Pandekten I, S.274; einschränkend Renaud, Lehrbuch S.435; bejahend Endemann, Zivilprozeßrecht, S.543,548; Osterloh, Lehrbuch, II, S.51). Dies konnte umso leichter geschehen, als die positive Funktion die negative letzten Endes mit umfaßte.

2 Endemann, Zivilprozeßrecht, S.543,550; Renaud, Lehrbuch, S.435; Osterloh, Lehrbuch II, S.51.

3 Savigny, System VI, S.454, 514; Bayer, Vorträge, S.451.

ter vom Dasein des Rechts zu überzeugen. [1] Wenn ein Eigentumskläger sein Recht auf Erwerb durch Übereignung gestützt hatte, so konnte er später dieselbe Sache aus keinem anderen Grunde mehr vindizieren, etwa aus Ersitzung, es sei denn, der Erwerbsgrund war nach rechtskräftig abgeschlossener Klage entstanden. [2]

Der Kläger konnte der Einrede der Rechtskraft dadurch entgehen, daß er seine Klage in rem auf einen bestimmten einzelnen Erwerbsgrund ausdrücklich beschränkte. [3] Das hatte für ihn jedoch den Nachteil, daß er nicht zum Beweis eines anderen Erwerbsgrundes übergehen konnte.

Eine Ausdehnung über die identische actio hinaus erfuhr die exceptio rei iudicatae bei einer Reihe anderer Prozessualisten. In enger Anlehnung an die römische exceptio rei iudicatae hielten sie die Einrede der Rechtskraft immer dann für gegeben, wenn sich der neue Prozeß auf "dieselbe Rechtsfrage" [4], "dieselbe konkrete Streitfrage" [5], den "nämlichen Streitgegenstand" [6], der das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien bedeutete, bezog, wenn das "Rechtsverhältnis identisch" war. [7] Dies ist besonders für Savigny als dem Begründer der historischen Schule nicht verwunderlich. Merkmale für die Identität des Streites waren die römischen "aedem quaestio" und "eadem res", die die Fälle der Klagenkonkurrenz mitumfaßten.

War eadem res im römischen Recht ein Begriff, der bei der Einheit zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht sowohl materiellrechtliche als auch prozessuale Bedeutung hatte, so war sie im gemeinen Recht bei der Auflockerung dieser Einheit und

---

1 Savigny, System VI, S.454.
2 Savigny, VI, S.463; Bayer, Vorträge, a.a.O.
3 Savigny, System, S.465; ausführlich Beilage XVII, S.514 f.; Bayer, a.a.O.; a.M. Puchta, Cursus I § 175.
4 Savigny, System VI, S.285.
5 Bayer, Vorträge S.450; Wetzell, System, S.588.
6 Martin, Lehrbuch[12], S.198; siehe auch Heffter, System, S.336.
7 Savigny, a.a.O.; damit weicht Savigny von seinem Begriff des Rechtsverhältnisses, dessen besondere durch Abstraktionen ausgeschiedene Seite das subjektive Recht ist, insofern ab, als dieser Begriff des Rechtsverhältnisses umfassender ist.

einer sich anbahnenden Trennung von materiellem und Prozeßrecht zum Klagerecht geworden. [1] Wenn dieses auch formal dem materiellen Recht zugeordnet war, besaß es doch als Bindeglied zwischen materiellem und Prozeßrecht entscheidende Bedeutung für das Prozeßrecht.

Die Umwandlung von der res zur actio im Bereich der Rechtskraft hatte eine Erweiterung des Klagerechts zur Folge. Denn da eadem res auch die im engeren Sinne konkurrierenden actiones umfaßte, mußte das Klagerecht im Bereich der Rechtskraft einen doppelten Sinn erfahren. Einmal als actio, geknüpft an das einzelne subjektive Recht, zum anderen als einheitliches übergeordnetes Klagerecht, das alle miteinander konkurrierenden actiones erfaßte, die damit auf dasselbe Klagerecht, die res, zurückgingen. [2]

Eadem res lag vor, wenn die Klagen einen gemeinschaftlichen juristischen Gegenstand hatten, [3] sie denselben Zweck verfolgten. Wann das der Fall war, wurde nicht so sehr dogmatisch geklärt, vielmehr kasuistisch erläutert. Eine solche kasuistische Darstellung findet sich bei Savigny. [4] Untersucht man die von ihm angeführten Fälle näher, so ist zu unterscheiden zwischen Herausgabe- und sonstigen Klagen. Wichtig ist dabei, ob eine Beziehung zwischen den verschiedenen Rechten oder aber den die Rechte begründenden Tatsachen besteht.

Die Rechtskraft der Erbschaftsklage schließt nach Savigny die spätere Eigentumsherausgabeklage aus, hingegen hindert die Abweisung der Eigentumsklage nicht die spätere Anstellung einer Condiction auf dieselbe Sache, obgleich beide Klagen denselben äußeren Zweck haben, nämlich dem Kläger die Sache zu verschaffen. Die Entscheidung einer Besitzklage begründet nicht die Einrede der Rechtskraft für die künftige Eigentumsklage. [5]

---

1 Wetzell, System, S.574 Fn.13,576.
2 Ähnlich Löwisch, Diss., S.67-69.
3 Savigny, System V, S.208
4 System VI, S. 417 ff.
5 Savigny, System VI, S.420.

Der Grund dafür ist, daß Erbschafts- und Eigentumsklage miteinander verwandt sind, während die übrigen Klagen völlig verschieden sind und auch im Tatsachenvortrag keine entscheidenden Berührungspunkte aufweisen. Das zeigt sich auch an dem Beispiel, daß jemand eine Sache aus Stipulation und Vermächtnis verlangen konnte. [1] Da hier ganz verschiedene Rechte im Streit sind, kann der Beklagte sich nicht auf die Rechtskraft des ersten Urteils berufen.

Wenn der Mieter die gemietete Sache beschädigt, so hat der Vermieter sowohl eine actio aus Vertrag als auch aus unerlaubter Handlung. Die rechtskräftige Abweisung einer Klage hinderte das Vorbringen der anderen, sofern die Beschädigung rechtskräftig verneint war. [2] Dies ist darauf zurückzuführen, daß bei Savigny die Entscheidungsgründe mit in Rechtskraft erwuchsen. [3]

Im Bereich der Rechtskraft ist damit eine zweifache Auffassung vom Gegenstand des Verfahrens festzustellen. Für diejenigen Prozessualisten, die lediglich die einzelne bestimmte actio als von der Rechtskraft betroffen ansahen, war diese auch zugleich problemlos der Gegenstand des Verfahrens, der Streitgegenstand ausschließlich am materiellen Recht orientiert und es bestand keine Veranlassung, darin einen Widerspruch zu sehen.

Erstreckte sich die Rechtskraft jedoch auf eadem res und ging sie über die einzelne actio hinaus, so war zwar unmittelbar die einzelne actio Gegenstand des Verfahrens, denn nur über sie wurde verhandelt, wenn nicht die einzelnen actiones kumuliert waren, mittelbar aber das Klagerecht im übergeordneten Sinn, das alle miteinander echt konkurrierenden actiones erfaßte. Dieses Klagerecht wurde materiellrechtlich begriffen, so daß bei der Vorrangigkeit der einzelnen actio, über die

---

1 Savigny, System VI, S.456.
2 Savigny, System VI, S.424, 456, 457.
3 System VI, S.350-370; dagegen besonders Wetzell, System, S. 594, in dessem Sinn sich die ZPO entschied.

verhandelt wurde, sich kein besonderer Begriff des Streitgegenstandes bildete, da ja bei mehreren auf das gleiche Ziel gerichteten Klagen von einer prozessualen Klagehäufung ausgegangen wurde. Doch gerade die Rechtskraft hätte Veranlassung sein können, sich mit der Frage nach dem Gegenstand des Verfahrens auseinanderzusetzen, hätte nicht das Zurückgreifen auf die exceptio rei iudicatae zu einer Lösung der Probleme geführt, die es bei der einzelnen actio als unmittelbaren Streitgegenstand beließ. Die damalige Prozeßtheorie war dem aktionenrechtlichen Denken verhaftet. Sie begriff sich selbst als Funktion des materiellen Rechts und bezog von diesem ihre Grundbegriffe. Im Einklang mit dem materiellen Recht löste sie prozessuale Fragen. Sie verzichtete auf eine eigene Terminologie und fand eine solche auch nicht vom Gesetzgeber vorgezeichnet. Für eine solche Prozeßtheorie war die actio als Gegenstand des Verfahrens eine solche Selbstverständlichkeit, daß die Loslösung vom materiellen Recht nicht gerade beim Gegenstand des Verfahrens erfolgen konnte. Dies weiterhin auch deshalb, weil als actio das verletzte materielle Recht in seiner Richtung gegen den Verletzer galt und außerhalb des materiellen Rechts liegende Klagen wie die Feststellungs- und Gestaltungsklagen noch nicht theoretisch durchgebildet waren.

Zusammenfassend gilt : Im gemeinen Recht bildete infolge des noch vorherrschenden aktionenrechtlichen Denkens und der Einheit von materiellem und Prozeßrecht die einzelne materiellrechtliche actio den Gegenstand des Verfahrens. Die gemeinrechtliche Prozeßtheorie bedurfte, um die anfallenden Probleme zu lösen, nicht eines besonderen Streitgegenstandsbegriffs.

## IV. Der Streitgegenstand nach der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten von 1793 und nach dem Code de procédure civile

### 1. Der Streitgegenstand nach der AGO

Wenn auch die preußische Prozeßordnung sich nicht entscheidend auf die ZPO ausgewirkt hat, [1] so verdient sie doch als umfassendes, vom Geist der Zeit getragenes Gesetz für die historische Betrachtung des Streitgegenstandes Beachtung. Dies vor allem deshalb, weil der preußische Prozeß gegenüber dem gemeinen Prozeß auf die Verhandlungs- und Eventualmaxime ursprünglich verzichtete - durch die Änderungsgesetze von 1833 und 1846 wurden sie allerdings wieder eingeführt [2] - und stattdessen in ihm die Inquisitionsmaxime galt. Das legt den Schluß nahe, der Streitgegenstand der AGO sei umfassender gewesen als das einzelne verletzte materielle Recht im gemeinen Prozeß, war das Gericht doch gezwungen, von sich aus den Antrag des Klägers nach allen Gesichtspunkten zu untersuchen und den Kläger wenn nötig auf einen anderen Anspruch zu verweisen. Danach müßte der Antrag des Klägers global ohne besondere Heranziehung des gesamten dem Antrag entsprechenden Sachverhalts ohne rechtliche Qualifizierung den Gegenstand des Verfahrens gebildet haben. [3] Diese Erkenntnis hat jedoch nicht in der AGO ihren Niederschlag gefunden, da die Inquisitionsmaxime schon bald wieder aufgehoben wurde und auch nicht dazu führte, die gesamten Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien zu erörtern. [4] Die AGO ermöglichte lediglich, aus dem vom Kläger vorgetragenen Sachverhalt die Zielrichtung seines Begehrens zu entnehmen. [5]

In der AGO ist erstmalig kodifiziert, was Gegenstand des Verfahrens sein soll. So heißt es, im Zivilprozeß gehe es um den

---

1 Schmidt, Lehrbuch, S.108; Rosenberg, Lehrbuch, S.16,17.
2 Schmidt, Lehrbuch S.96,97; Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte II, S.467 f.
3 Siehe auch Jauernig, Verhandlungsmaxime, S.10-13.
4 Schmidt, Lehrbuch, S.96,97.
5 Siehe auch Jauernig, Verhandlungsmaxime, S.11.

streitigen Anspruch des Klägers. [1] Dieser ist demnach vom Gesetz her der Gegenstand des Verfahrens. In der Klageschrift mußte der Kläger Tatsachen anführen, auf die er seinen Anspruch stützen wollte. [2] Neben dem Anspruch ist in der AGO ursprünglich nicht vom Streitgegenstand die Rede, doch dieser taucht als gesetzestechnischer Terminus erstmalig in der Verordnung vom 11. Juli 1843 "über die Grundsätze, wonach der Wert des Streitgegenstandes zu bezeichnen ist", auf. [3] Im Allgemeinen Landrecht hingegen wird der Streitgegenstand beiläufig erwähnt. Nach § 46 der Einleitung ist bei der Auslegung der Gesetze auf den streitigen Gegenstand zu achten. Koch meint dazu, streitiger Gegenstand sei das Rechtsverhältnis. [4] An anderer Stelle schreibt er, das streitige Privatrecht sei Gegenstand des Prozesses. [5]

Nach der AGO bildet zwar der streitige Anspruch des Klägers den Streitgegenstand, doch die AGO sagt ebenso wie später die ZPO nichts darüber aus, was unter dem Anspruch des Klägers zu verstehen ist. Im Gegensatz zum BGB, das den Anspruchsbegriff später in § 194 definierte, enthält aber das Allgemeine Landrecht keine entsprechende Regelung.

Der Verzicht auf eine Definition des Anspruchs läßt jedoch erkennen, daß es sich bei diesem Begriff um einen in der Rechtswissenschaft bekannten Ausdruck gehandelt hat. [6] Der Anspruchsbegriff als solcher ist keine Erfindung Windscheids.

Sofern zu Beginn des 19. Jahrhunderts der Begriff des Anspruchs verwendet wurde, war er die Bezeichnung für das vor Gericht geltend gemachte und verfolgbare Recht und die Rechtsverfolgung, das Ansprechen. [7] Er bezeichnete das Recht, das der Kläger

---

1 z.B. §§ 11,25,26,27,53 Einl.AGO.
2 § 4 des 5.Titels AGO; vgl, auch § 17 des 5.Titels, wonach der Kläger Fakten benennen muß, auf die er seinen Anspruch gründet.
3 Abgedruckt bei Koch, Prozeßordnung[2], 14.Titel, § 3 Anm.1.
4 Allgemeines Landrecht[6], § 46 Einl.Anm.61.
5 Civilprozeß, S.34.
6 Siehe auch schon Gönner, Handbuch II, S.177, der vom Anspruch des Klägers spricht.
7 Bolze, Gruch.46, S.754,755.

gegen den Beklagten geltend machte, und drückte aus, daß der Kläger etwas vom Beklagten verlangte; er enthielt eine behauptete Berechtigung des Klägers. So gesehen war der Anspruch einmal das subjektive Recht selbst, vom Verpflichteten etwas zu fordern, zum anderen gab er die Richtung des Rechts an, nämlich gegen den Beklagten, und schließlich war in ihm eine Beziehung zum Gericht, das Klagen enthalten. Der Anspruch war verwandt mit dem Klagerecht, jedoch nicht wie dieses später bei Savigny von einer Verletzung abhängig, und daher weiter als die actio. Ohne die Beziehung zum Gericht ähnelt er dem persönlichen Recht, das das Allgemeine Landrecht wie folgt definierte: "Ein persönliches Recht enthält die Befugnis, von dem Verpflichteten zu fordern, daß er etwas geben, leisten, verstatten oder unterlassen soll". [1] So finden sich um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert in der preußischen Prozeßwissenschaft die Begriffe subjektives Recht, Anspruch und Klagerecht, die miteinander in Beziehung stehen, doch jeder seine eigene Bedeutung haben und nicht klar gegeneinander abgegrenzt sind.

Der Anspruch der AGO lag im Zivilrecht begründet. Da das Prozeßrecht noch nicht wissenschaftlich ausgeprägt war, übernahm es den Anspruch aus dem bürgerlichen Recht. Nach der AGO war der Anspruch die Berechtigung des Klägers gegen den Beklagten, etwas von ihm vor Gericht zu verlangen, mittelbar die allumfassende aus einem Sachverhalt auf das gleiche Ziel gerichtete Berechtigung. [2]

Die AGO ging in ihren allgemeinen Vorschriften von der Verurteilungsklage aus. Das auf diese Klage ergehende Urteil entschied, ob der Kläger etwas vom Beklagten verlangen konnte oder nicht. Die Gestaltungsklage gab es in der AGO schon in der Form der Ehescheidungsklage, doch war sie als besondere Klageart im Sinn der heutigen Dreiteilung noch nicht erkannt. Bei der Scheidungsklage waren sämtliche möglichen Scheidungs-

1 1.Teil, 2.Titel § 123.
2 Siehe auch Koch, Prozeßordnung[5], § 62 Einl. Anm.42, der unter Anspruch an dieser Stelle das Ziel des Klägers gegen den Beklagten versteht.

gründe zu berücksichtigen, um eine Vervielfältigung des Prozesses zu vermeiden. [1] Die Mehrheit von Scheidungsgründen führte nicht dazu, eine mehrfache Klage anzunehmen. Die Feststellungsklage in ihrer heutigen Form war noch nicht bekannt, ihr lag nach damaliger Dogmatik ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Anerkennung zugrunde. [2] Es war daher abwegig, einen besonderen Begriff des Streitgegenstandes zu bilden, der sich vom Anspruch entfernte, denn jede Klage zielte auf die Aufhebung der Verletzung. [3]

Daß der Prozeß bei Nichtvorliegen des Anspruchs ins Leere gefallen ist und keinen Streitgegenstand gehabt hat, läßt sich vom preußischen Prozeß nicht sagen, denn auch die Verfasser der AGO erkannten, daß es im Prozeß immer nur um behauptete Ansprüche ging, wenn die AGO nämlich vom streitigen Anspruch des Klägers gegen den Beklagten als Gegenstand des Verfahrens spricht. Der Unterschied zwischen bestehendem und behauptetem materiellen Recht im Prozeß wurde aber noch nicht hervorgehoben.

Bei den Bewährungspunkten des Streitgegenstandes zeigen sich einige Abweichungen vom gemeinen Prozeß. Es heißt zwar in § 20 des 5. Titels der AGO u.a.: "Bei der Aufnehmung der Klagen müssen sie sich (die Richter) aber auch dabei an die aus dem ehemaligen römischen Recht hergeleiteten und von den Lehrern desselben gebildeten sog. genera et formulas actionum nicht ängstlich binden. Folglich auch keine angegebenen Tatsachen bloß um deswillen verwerfen oder unerörtert lassen, weil dieselbe auf diese oder jene Gattung von Klagen nicht zu passen scheint." Diese Vorschrift wollte jedoch nicht die verschiedenen Arten der römischrechtlichen Klagen abschaffen. Ihr Zweck war, daß der Richter alle Tatsachen sorgfältig überprüfte und jedes von der Rechtsordnung anerkannte Recht berücksichtigte. [4] In der Einteilung der Klagen in actiones in rem und in personam und deren Terminologie blieb die AGO auch der römisch-

1 § 49, 40.Titel.
2 Koch, Anleitung, S.105, 106.
3 Koch, Civilprozeß, S.260.
4 Koch, Prozeßordnung[4],5.Titel § 20 Anm.17,Anleitung I,S.12.

rechtlichen Klageneinteilung des gemeinen Rechts verbunden. Klage war nach dem preußischen Recht einmal die Klagehandlung, zum anderen das materielle Klagerecht, die actio, das Rechtsmittel, womit ein vorenthaltenes Recht zur Herrschaft gebracht wurde. [1]

a. Die Klagenhäufung

Die objektive Klagehäufung war nach § 24 des 5.Titels der AGO zulässig. Voraussetzung war, daß die Klagen gegen denselben Beklagten zu einem einheitlichen Gerichtsstand und zu einer Art des Prozesses gehörten. Sowohl das Petitum als auch die Tatsachenschilderung mußten die Kumulation erkennen lassen. [2] In den Vorschriften der AGO über die Klagehäufung ist der Begriff des Anspruchs noch nicht enthalten. Die Fälle der Anspruchskonkurrenz im heutigen Sinne finden in der AGO bei der Klagehäufung keine Erwähnung. Das ist nicht weiter verwunderlich, weil die AGO vom Normalfall einer kumulativen Klagehäufung ausging und Fälle echter Anspruchskonkurrenz nicht die Regel waren. Da eine umfassende wissenschaftliche Erörterung des Problems nicht stattgefunden hat, lassen sich nur Vermutungen anstellen. Einen gewissen Anhaltspunkt bietet § 27 des 5. Titels. Danach sollte kein Unterschied gemacht werden zwischen dem Petitorium und dem Possessorium. Vielmehr sollten alle Tatsachen, welche zur Entscheidung der Frage des Besitzes und der Frage des wirklichen Rechts gehörten, untersucht werden.

Will man darin eine Ausnahme von der sonstigen Praxis sehen, so wäre bei Vorliegen mehrerer auf das gleiche Ziel gerichteter Klagen eine Anspruchshäufung und damit Klagehäufung gegeben. Das läßt sich aber nicht mit § 24 des 5.Titels selbst vereinbaren, der vom Regelfall der Klagehäufung, nämlich mehrerer auf verschiedene Ziele gerichteter Klagen ausgeht und eine Häufung des Petitums und auch der Tatsachenschilderung verlangt. Berück-

1 Koch, Anleitung I, S.9.
2 5.Titel § 25,26.

sichtigt man die Instruktionsmaxime, so ist vielmehr davon auszugehen, daß, wenn die Tatsachenschilderung mehrere auf das gleiche Ziel gerichtete Ansprüche ergab, abweichend vom gemeinen Prozeß eine Klagehäufung im Sinne des § 24 des 5.Titels nicht gegeben war, vielmehr der vorteilhaftesten Klage stattgegeben wurde. [1]

b. Die Klageänderung

Besondere Aufmerksamkeit verdient die Klageänderung nach der AGO. Die Instruktion des Prozesses durch den Richter brachte es mit sich, daß der Richter zu dem Schluß kommen konnte, ein anderer als der vom Kläger geltend gemachte Anspruch sei gegeben. In diesem Fall sollte der Richter die Sache nach dem veränderten Gesichtspunkt hin mit den Parteien so erörtern, daß er auch "über den während des Laufes der Instruktion zum Vorschein gekommenen anderweitigen Anspruch des Klägers ein Endurteil abfassen" konnte. [2] Ob diese Vorschrift noch nach den Prozeßgesetzänderungen von 1833 und 1846, die den gemeinen Prozeß im wesentlichen wiederaufnahmen und die Verhandlungs- und Eventualmaxime wieder einführten, eine praktische Gültigkeit gehabt hat, erscheint trotz ihrer weiterbestehenden Geltung zweifelhaft. Nach dem Gesetz war eine Klageänderung in Bezug auf den neu hervorgetretenen Anspruch bis zum Schluß der Sache in erster Instanz möglich. [3]

Voraussetzung für eine solche Klageänderung war allerdings, daß die Tatsachen, auf die der neue Anspruch gestützt wurde, mit den Tatsachen des ersten Anspruches in Beziehung standen. War die Klage eine völlig andere, so war eine Klageänderung unzulässig. Der Kläger wurde darauf verwiesen, eine neue Klage anzustellen. [4] Kriterium, ob die neue Klage völlig neu war, war der identische Klagegrund. Als Klagegrund wurden verstan-

1 Vgl.Koch, Zivilprozeß, S.332.
2 § 21 des 5. Titels.
3 § 22 des 5. Titels.
4 § 23 des 5. Titels i.V.m. § 5 des 10.Titels.

den die Tatsachen und die daraus resultierenden Rechte. Auf diese Weise war gewährleistet, daß nur ein einheitlicher Sachverhalt zwischen den Parteien abgeurteilt werden konnte.

Ergaben sich aus dem einheitlichen Sachverhalt mehrere auf das gleiche Ziel gerichtete Ansprüche, so war der Wechsel von einem Anspruch zum anderen bei der Verhandlungsführung des Richters keine Klageänderung im Sinne des § 22 des 5. Titels. Bei Ehescheidungssachen bedeutete eine Änderung des Klagegrundes keine unzulässige Klageänderung. [1] Hier war die Scheidung der Ehe Gegenstand des Verfahrens.

c. Die Rechtshängigkeit

Wie die Rechtshängigkeit im gemeinen Prozeß so findet auch die Rechtshängigkeit in der AGO nur geringe Bedeutung. So heißt es in § 48 b des 7. Titels, die Litispendenz beginne mit der Insinuation der Vorladung. Über den Umfang der Rechtshängigkeit wird lediglich gesagt, daß die Sache rechtshängig wird. Was Sache bedeutet, ist im Gesetz nicht näher erläutert, doch gemeint ist die Streitsache, und diese war wiederum der Anspruch. Über die Frage der Rechtshängigkeit entschied die "Gleichheit und Identität des zur gerichtlichen Entscheidung gestellten Gegenstandes der Klage oder Anspruchs". [2] Über die identische Klage hinaus, das spezielle subjektive Recht, ist davon auszugehen, daß alle sich aus dem vom Kläger vorgetragenen Sachverhalt auf das gleiche Ziel gerichteten Ansprüche rechtshängig wurden. Diese Annahme ist deshalb gerechtfertigt, weil der Richter den Sachverhalt auf alle Ansprüche hin untersuchen mußte, die dem Klageantrag entsprachen. Der Umfang der Einrede der Rechtshängigkeit war derselbe wie bei der Einrede der Rechtskraft des gemeinen Rechts im Sinne der eadem res oder eadem quaestio. [3]

1 § 49 des 40.Titels.
2 Koch, Prozeßordnung[5], § 48 b 7.Titel Anm.35.
3 Koch, Prozeßordnung[5], § 48 b 7.Titel Anm. 35, Anl. S.61

Mißverständlich ist in diesem Zusammenhang eine Bemerkung Kochs, daß, wenn sich aus ein und denselben Tatsachen mehrere Ansprüche herleiten ließen, die übrigen nicht rechtshängig würden. [1] Gemeint sind damit jedoch nicht die Fälle der Anspruchskonkurrenz, denn Koch sagt weiter, die Rechtshängigkeit beziehe sich auf den Gegenstand der erhobenen Klage und werde durch den Klageantrag bestimmt und begrenzt. Gegenstand der Klage war aber in der damaligen Terminologie das im Antrag ausgedrückte Ziel der Klage. Ergab sich also, daß aus einem Sachverhalt bei gleichbleibendem Ziel und Antrag mehrere Ansprüche erwuchsen, so wurden sie sämtlich rechtshängig.

c. Die Rechtskraft

Der Umfang der materiellen Rechtskraft ist in der AGO nicht näher geregelt. Es heißt lediglich, daß die Ruhe und Ordnung in der Gesellschaft es nicht gestatte, daß die Prozesse verewigt würden. [2] Es wird damit der Grund für die Rechtskraftregelung im Gesetz genannt. Ferner heißt es, daß ein rechtskräftiges Urteil denjenigen, der es erstritten habe, gegen alle weiteren Anfechtungen seines Gegners sichere. [3] Das Gesetz setzt den Begriff und Umfang der Rechtskraft als bekannt voraus.

Für die Rechtskrafteinrede war im preußischen Prozeß Identität des Gegenstandes und der Rechtsfrage erforderlich. [4] Bestimmte damit der Streitgegenstand den Umfang der Rechtskraft, so war nicht geklärt, was Streitgegenstand war. Koch charakterisiert ihn folgendermaßen, daß äußerlich dasselbe Ziel, innerlich Wesen und Entstehungsgrund für eine Identität des Gegenstandes entscheidend seien. Wesen bedeutete das materielle Recht, Entstehungsgrund den zugrundeliegenden Sachverhalt. Die Identität des Antrages allein war kein Merkmal der Identität des Gegenstandes. [5]

1 Koch, Prozeßordnung[5], a.a.O.
2 § 65 Einl.
3 § 66 Einl.
4 Koch, Prozeßordnung[5], § 65 Einl. Anm.41c (b,c).
5 Koch, a.a.O.

Ergaben sich aus ein und demselben Sachverhalt mehrere auf das gleiche Ziel gerichtete Ansprüche, so war entsprechend der auch im gemeinen Recht vertretenen Ansicht die Einrede der Rechtskraft gegeben. [1]

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die AGO grundsätzlich vom materiellen Recht unmittelbar, individualisiert durch die vorgetragenen Tatsachen, als Streitgegenstand ausging, ohne sich des sich daraus ergebenden Problems bewußt zu sein. Die Streitgegenstandsfragen löste die AGO, indem sie prozessuale Gesichtspunkte bei ihrer Entscheidung berücksichtigte. Anspruch der AGO war mittelbar die Summe aller aus dem gleichen Sachverhalt auf das gleiche Ziel gerichteter Klagen.

## 2. Der Streitgegenstand nach dem Code de procédure civile

Frankreich hatte ursprünglich den oberitalienisch-kanonischen Prozeß rezipiert, ihn jedoch dann selbständig umgestaltet. Dieser Vorgang wurde mit dem Code de procédure civile abgeschlossen. Der Prozeß nach dem Code de procédure civile war konsequent mündlich, öffentlich und ohne Eventualmaxime. Er hatte das System der Beweisverbindung und freien Beweiswürdigung und überließ den Prozeßbetrieb ausschließlich den Parteien, die zunächst ohne Mitteilung an das Gericht ihre Schriftsätze wechselten und die Sache nach beliebig langer Zeit auf die Prozeßliste brachten, so daß sich das Gericht erst dann mit der Sache befaßte. [2]

Das Verhältnis von materiellen Recht und Prozeßrecht war dergestalt, daß das materielle Recht den absoluten Vorrang besaß.[3] Eine strenge Trennung von materiellem und Prozeßrecht war im französischen Recht unvorstellbar. [4] Viele Regelungen, die

1 Koch, Prozeßordnung[5], § 65 Einl. Anm. 42.
2 Rosenberg, Lehrbuch, S.17; Schmidt, Lehrbuch § 13.
3 Siehe auch Schlink, Kommentar I, S.5.
4 Holleaux, Revue Internationale de droit comparé 1955, S.881.

nach der ZPO das Prozeßrecht betreffen, sind im Code civil von 1804 enthalten, so besonders die Rechtskraft in Art.1351, ein Teil der Klagehäufung in Art.1346. Die Bedeutung und das Wesen der Klage werden nicht im Prozeßrecht erläutert. In Art. 61 Nr. 3 Cod.proc.civ. heißt es nur, daß die Klageschrift den Gegenstand der Klage und eine summarische Darstellung der Gründe enthalten müsse. Die Klage als Klagerecht (action) in Unterscheidung zur Klagehandlung (demande) ist im 19.Jahrhundert ausschließlich materiellrechtlicher Natur. [1]

So ist es nicht verwunderlich, daß die einzelne action den Gegenstand des Verfahrens bildete. Die Identität der action war für die Bewährungspunkte des Streitgegenstandes entscheidend.

Die Klagehäufung wurde nicht näher im Prozeßrecht geregelt. Art. 25 Cod.proc.civ. verbietet lediglich die Kumulation der possessorischen und der petitorischen Klage und deutet damit die grundsätzliche Möglichkeit einer Klagehäufung an. Dies wird durch Art. 1346 CC bestätigt, wonach alle nicht vollständig schriftlich erwiesenen Forderungen in derselben Klage vereinigt sein müssen. Daher galt nach den damaligen Grundsätzen über die Verbindung von Klagen die objektive Klagehäufung als zulässig. [2] Legt man diese Grundsätze zugrunde, so bedeutet die Häufung mehrerer auf das gleiche Ziel gerichteter Ansprüche wie im gemeinen Recht eine Klagehäufung.

Auch die Klageänderung wurde nicht allgemein unmittelbar im Code de procédure civile behandelt. Art. 464 Abs. 3 Cod.proc. civ. betrifft nur die Klageänderung bei der Berufung. Ansonsten galt das Verbot der Klageänderung. [3] Jeder Austausch einer Klage, action, gegen eine andere, auch wenn sie sich letztlich auf das gleiche Ziel richtete, bedeutete eine unzulässige Klageänderung.

---

1 Zur action allgemein siehe Morel, Traité élementaire de procédure civile Nr.21 f.
2 Schlink, Kommentar II, S.132.
3 Morel, a.a.O. Nr.349; zum Klageänderungsverbot im französischen Prozeß siehe auch Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S.42,43.

Die Rechtshängigkeit wurde ebenfalls nicht im Prozeßgesetz erörtert. [1] Über die materiellen Folgen der Rechtshängigkeit der einzelnen action entschied das Privatrecht (Art.2246, 2247 CC).

Die Rechtskraft, der entscheidende Bewährungspunkt des Streitgegenstandes, war ein Problem des materiellen Rechts. Art.1351 CC fordert für die Rechtskraft

1. Identität der Forderung - des Antrages,
2. Identität des Klagegrundes,
3. Identität der Parteien,
4. Identität der Qualitäten der vor Gericht stehenden Personen, d.h. die Klage mußte sich auf die Parteien in derselben Eigenschaft wie im Vorprozeß beziehen.

Die Identität des Klagegrundes, der einzelnen action, entsprach der römischrechtlichen und damit gemeinrechtlichen Regelung. [2]

Zusammenfassend gilt für den Code de procédure civile, so wie er in den rheinischen Ländern zur Anwendung kam, daß ähnlich wie im gemeinen Prozeß die einzelne materiellrechtliche action den Gegenstand des Verfahrens aufgrund der Einheit von materiellem Recht und Aktionenrecht bildete und das Prozeßrecht subsidär war.

---

1 Siehe auch Schlink, Kommentar I, S.564.
2 Schlink, Kommentar II, S. 684.

## V. Materielles Recht und Aktionenrecht bei Windscheid. Die Kontroverse mit Muther

Im Jahre 1856 erschien Windscheids Monographie "Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts. " Darin unterzog Windscheid die gemeinrechtliche Lehre von der actio einer Prüfung, schied aus der actio alle prozessualen Elemente aus und gewann auf diese Weise den Begriff des materiellen Anspruchs. Materielles Recht und Aktionenrecht bildeten für ihn keine Einheit mehr. Er leitete mit seinem Anspruchsbegriff die Trennung des Prozeßrechts vom Zivilrecht ein. Diese Trennung war in hohem Maße mitverantwortlich für den heutigen Streit um den Streitgegenstand. [1]

Ausgangspunkt der Untersuchung Windscheids ist der Gedanke, daß die actio des römischen Zivilrechts nicht sei, was in der gemeinrechtlichen Lehre unter Klage oder Klagerecht verstanden wurde, ein Schutzmittel des verletzten Rechts, sondern ein selbständiger Ausdruck des Rechts oder vielmehr des Rechtsanspruchs. [2]

Im Gegensatz zu Savigny ist er der Auffassung, daß die actio eine Rechtsverletzung nicht voraussetzt. Er meint, es bestehe kein Zweifel, daß demjenigen, welcher in einem ihm zustehenden Recht verletzt worden sei, eine actio zugeschrieben werde, aber nicht bloß diesem. Wenn gesagt werde, der Kläger habe die actio empti und könnte damit das und das verlangen, so liege dabei allerdings der Gedanke zugrunde, daß er die actio nicht anders gebrauchen werde, als wenn ihm verweigert werde, was er beanspruchen könne. Aber daß ihm die actio nicht auch vor der Verweigerung zustehen sollte, würde ein Römer gar nicht verstanden haben. [3]

Die actio sei auch kein Annex des Rechts, ein Zusatz zu seinem

---

1 Siehe auch Schwab, JuS 1965, S.81.
2 Actio Einl. III.
3 Actio S.2.

Inhalt, eine Zugabe, ein Bestandteil desselben, wie von denen angenommen werde, die die Verletzung nicht begrifflich der actio zuordneten. [1] Sie sei "die Befugnis, seinen Willen durch gerichtliche Verfolgung durchzusetzen". [2]

Diese Definition passe seiner Ansicht nach nicht für die moderne Klage. So meint er, daß für das heutige Rechtsbewußtsein das Recht des Prius, die Klage das Spätere, das Recht das Erzeugende, die Klage das Erzeugte sei. Die Rechtsordnung sei eine Ordnung der Rechte. [3]

Mit letzterem weiß sich Windscheid mit Savigny einig. Zugleich erkennt er, daß die Römer eine andere Auffassung vom Recht hatten. Rechte, und damit meint er subjektive Rechte, seien auch den Römern nicht unbekannt gewesen. Aber vorrangige Auffassung sei bei ihnen gewesen, daß an die Stelle des Rechts die actio getreten sei. Den Römern sei die Rechtsordnung nicht die Ordnung der Rechte gewesen, sondern die Ordnung der gerichtlich verfolgbaren Ansprüche. Sie habe dadurch Rechte gegeben, daß sie gerichtliche Verfolgung bewilligte. Die actio sei nichts Abgeleitetes gewesen, sondern etwas Ursprüngliches und Selbständiges. [4]

Nach Ansicht Windscheids liegt der Grund dafür einmal in dem praktischen Sinn der Römer. Gewichtiger ist aber für ihn die eigentümliche Stellung des römischen rechtspflegenden Magistrats. [5] Auch schon zur Zeit Windscheids stand der Richter unter dem Recht und hatte die von demselben gebotenen Vorstellungen zu verwirklichen. Die römischen Magistrate hätten hingegen über dem Recht gestanden, ohne das Recht völlig außer Betracht zu lassen. Der Prätor habe eine actio versagen können, wo das ius civile ein Recht anerkannte, andererseits viel öfter eine actio gegeben, wo der Kläger kein anerkanntes Recht gehabt habe. Dabei habe er aber nicht willkürlich, sondern in Anerkennung der Ordnung der Dinge gehandelt. Dann dürfte man nicht sagen, in

1 Siehe oben, S.44.
2 Actio, S.3.
3 a.a.O.
4 Actio, S.3.
5 Actio, S.4.

dem Fall, daß actio und Recht zusammen seien, sei die actio durch das Recht da. Sie sei vielmehr durch die Tätigkeit des Magistrats da, der sie auch hätte verweigern können. [1]

Aus der Stellung des Magistrats ergibt sich, was aktionenrechtliches Denken der Römer genannt wird, daß sie nämlich fragten, ob der Magistrat die gerichtliche Geltendmachung eines Rechts zulasse, ob sie Erfolg bei Gericht hätten, nicht ob sie ohne jegliche Beziehung zum Gerichtsschutz nach der Rechtsordnung ein Recht hätten. Weiterhin ergab sich für die Römer aus dieser Anschauung die Einheit von materiellem und Prozeßrecht.

Infolgedessen ist für Windscheid die römische actio nicht ein "Ausfluß des Rechts, sondern anstatt des Rechts, ein Ausdruck desselben. Sie ist kein Schutzmittel des verletzten Rechts." [2]

Die actio ordnet für Windscheid die Beziehungen zwischen Person und Person und nicht von Person und Sache und setzt daher einen bestimmten Gegner voraus. Von der actio her gesehen sei die Frage immer die, was einer vom anderen verlangen könne. Die actio sei daher der "Ausdruck der Sprache der römischen Rechtsanschauung für Rechtsanspruch". [3] Gemäß dieser Erkenntnis schickt sich Windscheid an, dasjenige, was das römische Recht in der Sprache der actio ausdrückt, in die Sprache unserer Rechtsanschauung zu übertragen. [4] Dabei müsse die Rechtswissenschaft aus "einer Dienerin zur Herrscherin des römischen Rechts" werden. [5]

Nachdem im heutigen Recht die Stellung des Magistrats weggefallen sei, habe der Jurist nur noch nach dem materiellen Recht zu fragen. Das Gericht sei heute nichts als eine Dienerin des Rechts, so daß man nicht mehr sagen dürfe, jemand habe eine Klage. Da die Rechtsordnung eine Ordnung der materiellen Rechte sei, gehöre für die heutige Rechtsanschauung der Gerichtsschutz

---

1 Actio, S.4.
2 Actio, Einl.III.
3 Actio, Einl.III; Siehe auch S.3-6; Abwehr, S.7.
4 Actio, Einl.III.
5 Actio, S.230.

nicht mehr in den Anspruchsbegriff hinein.

So ist die actio der Römer für die heutige Rechtsanschauung nur noch der materiellrechtlich anerkannte Anspruch ohne prozessuale Elemente. Er bezeichnet die persönliche Richtung des Rechts. "Der Rechtsanspruch ist der Ausdruck der Sprache unserer Rechtsanschauung für actio." [1]

Nachdem Windscheid auf diese Weise aus der actio den Begriff des materiellen Anspruchs ohne prozessuale Elemente gewonnen hat, verweist er das Aktionenrecht nicht in den Bereich des Prozeßrechts, sondern er versucht, bisher aktionsrechtlich eingekleidete Lehren in die Lehre vom materiellen Anspruch zu übertragen. So wird aus der Klagenverjährung die Anspruchsverjährung, aus der Klagenkonkurrenz die Anspruchskonkurrenz. Die Lehre vom Urteil ist für den Untergang der Rechte von Bedeutung. Welche Folgen eine materiellrechtliche Anspruchskonkurrenz für den Prozeß hat, erörtert er nicht näher. Ob eine Anspruchskonkurrenz vorliegt, hängt davon ab, ob der zu erreichende Zweck derselbe ist. [2]

Durch Windscheid wird der materielle Anspruch zum richtungweisenden Element des materiellen Rechts. [3] Er ist das Recht auf Leistung gegenüber der gemeinrechtlichen actio als Möglichkeit zu klagen.

Das Verhältnis von Anspruch und subjektivem Recht ist folgendermaßen bestimmt: Bei den relativen subjektiven Rechten ist der Anspruch ein Teil derselben. Es gibt kein relatives subjektives Recht ohne einen Anspruch. Das dingliche Recht wird hingegen nach Windscheid von einer Vielheit von Unterlassungsansprüchen gegen jedermann gebildet. [4] Der konkrete dingliche Anspruch ist kein Teil des absoluten Rechts, er entsteht erst, wenn das absolute Recht verletzt ist. Im unverletzten Zustand

---

1 Actio, S.7; Pandekten[7], I, S.111.
2 Pandekten[7], I, S.344; Actio, S.36.
3 Pandekten[7], I, S.99; vgl.auch Neussel, Anspruch, S.17.
4 Pandekten[7], I, S.99-100.

ist dem absoluten Recht kein konkreter Anspruch zugeordnet. [1] Daraus ergeben sich jedoch Schwierigkeiten für eine einheitliche Bestimmung des subjektiven Rechts und auch des Anspruchs. Der Anspruchsbegriff Windscheids legt noch nicht das Verhältnis zum subjektiven Recht fest.

Durch die Ausscheidung der prozessualen Elemente erfuhr die actio eine Begriffsverengung. Windscheid mußte daher zur Frage des Klagerechts und des Verhältnisses von materiellem und Prozeßrecht eine andere Stellung einnehmen als Savigny. Er ging davon aus, daß die gerichtliche Verfolgbarkeit eine selbständige Folge des materiellen Rechts, daß sie nur ein Schatten des Rechts sei. [2] Für ihn ist es selbstverständlich, daß jeder Anspruch gerichtlich verfolgt werden kann und zwar als materiellrechtliche Konsequenz. [3] Dies wird heute als die aus dem materiellen Recht fließende Klagbarkeit des Anspruchs bezeichnet. [4]

Gleichwohl hat sich Windscheid nicht völlig vom Klagerecht Savignys lösen können. So sagt er selbst, daß die Betrachtung der Rechte zu der Frage führe, welchen Einfluß ihre Verletzung auf sie ausübe. [5] Die Verletzung erzeuge zwar kein Klagerecht, sondern ein Recht, die Aufhebung der Verletzung zu fordern. Dieses Forderungsrecht gestalte sich dann zum Klagerecht, wenn seine Befriedigung verweigert werde. [6] Damit sagt auch Windscheid, daß der Anspruch, wie zuvor das subjektive Recht, die Form der Klage annehmen kann, obwohl er sonst dem Begriff des Klagerechts keine Bedeutung mehr zumißt. [7] Für ihn ist das Klagerecht ein "Schatten des subjektiven Rechts" [8], ein vom Anspruch getrenntes selbständiges Recht. Windscheid erläutert

---

1 Vgl. auch Neussel, Anspruch, S.19.
2 Actio, S.229.
3 Actio, a.a.O.; Pandekten[7], I, S.102.
4 Enneccerus-Nipperdey, Allg.Teil, II § 222 II 5; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 2 I; Larenz, Schuldrecht I, § 2 III; Neuner, Privatrecht, S.5 f.; Neussel, Anspruch, S.45.
5 Actio, S.222.
6 Actio, S.222.
7 Actio, S.229,230.
8 Actio, S.229.

die Funktionen des Klagerechts nicht näher und bestimmt weder eingehend sein Verhältnis zum subjektiven Recht noch zum Anspruch. An die Stelle der actio, des Klagerechts, ist der Anspruch getreten, ohne das Schutzmittel des subjektiven Rechts zu sein.

Gegen die Auffassung Windscheids von der actio und der Loslösung ihrer prozessualen Elemente wandte sich Muther ein Jahr nach Windscheids "Actio" in seiner Monographie "Die Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen, Eine Kritik des Windscheid'schen Buches 'Die Actio des Römischen Civilrechts, vom Standpunkt des heutigen Rechts'". Muther geht davon aus, es sei nicht wahr, daß man nach römischem Recht eine actio gehabt haben könne, ohne ein Recht zu haben. [1] Er nimmt im Zusammenhang mit der actio auch für die Rechtsanschauung seiner Zeit drei Rechte an :

1. Das subjektive Privatrecht,
2. Das Klagerecht als publizistisches Recht gegen den Staat auf Gewährung von Gerichtshilfe,
3. das Recht des Staates gegen den Verletzer auf Aufhebung der Verletzung. [2]

Während Windscheid aus der römischen actio den privatrechtlichen Anspruch gewinnt, geht Muther an die actio von der prozessualen Seite heran und betont dieses Element. Er hält am prozessualen Teil der actio fest und verweist das Klagerecht, das nach wie vor Bedeutung habe, ins Prozeßrecht. Er gibt dem Klagerecht eine publizistische Richtung und sieht es nicht mehr in seiner Beziehung zum Gegner, sondern zum Staat, der Gerichtsschutz gewährt. Für Muther ist das subjektive Recht ohne Klagerecht wertlos. [3] Das Klagerecht geht nicht im Privatrecht auf, ist nicht nur dessen Schatten. Es hat für Muther mit dem privatrechtlichen Anspruch nichts unmittelbar zu tun. [4] Das Klagerecht ist Anspruch auf Schutz des materiellen Rechts,

---

1 Die Lehre von der actio, S.18,19,20.
2 a.a.O., S.40,41,43,47,48.
3 a.a.O., S.43.
4 a.a.O., S.48.

aber nicht mit diesem verbunden. Es steht als Schutzrecht dem subjektiven Recht zur Seite. [1] Wenn jemand bei den Römern eine actio gehabt habe, so habe er "einen Anspruch auf Gewährung derjenigen Staatshilfe gehabt, welche nach römischem positiven Recht dem in seinem Recht Verletzten zuteil wird." [2] Klagerecht sei daher das "Recht des Verletzten gegen den Staat auf Gewährung der Staatshilfe". [3]

Das einzige Zugeständnis, das Windscheid Muther in seiner noch im gleichen Jahr erschienenen Schrift "Die Actio, Abwehr gegen Dr.Theodor Muther" macht, ist die Anerkennung des publizistischen Klagerechts neben dem materiellen Klagerecht. In einer heftigen Polemik verteidigt er seine Auffassung von der actio. Daß er das Klagerecht in seiner Richtung gegen den Staat nicht behandelt habe, rechtfertigt er damit, das publizistische Klagerecht gehöre in den Prozeß und nicht in das Zivilrecht und er sei bei seiner Untersuchung der actio nur mit derjenigen Auffassung in Berührung gekommen, die im Klagerecht ein Privatrecht gesehen habe. [4]

Dadurch, daß Windscheid ein publizistisches Klagerecht anerkannte, gelangte das aus der actio ausgeschiedene publizistische Element auch für ihn zu selbständiger Bedeutung. Er führte den Gedanken des publizistischen Klagerechts jedoch nicht weiter. Das Wort actio verlor seine Berechtigung und ging in den Begriffen Anspruch und publizistisches Klagerecht auf. [5] Nachdem Windscheid dem materiellen Anspruch die gerichtliche Verfolgbarkeit begrifflich nicht mehr zuordnete, entfiel auch die bisherige Einheit von materiellem und Aktionenrecht. Sein Anspruchsbegriff und dessen Zuordnung zu den subjektiven Rechten ermöglichten ein einheitliches System der materiellen Rechte.

Die Verweisung des Klagerechts in das Prozeßrecht, das bisher

---

1 a.a.O., S.49.
2 a.a.O., S.39.
3 a.a.O., S.43.
4 Abwehr, S.29.
5 Vgl.auch Neussel, Anspruch, S.17.
6 Vgl.auch Simshäuser, Entwicklung, S.79; de Boor, Gerichtsschutz, S.16, 19, 20.

nur "tote Hüllen" [1] in Verbindung mit den zu schützenden Rechten war, gab dem Prozeßrecht eine wenn auch bis Bülow noch nicht ausgeprägte eigene Substanz und führte zu neuen Klagerechtsbegriffen, nachdem sich das Klagerecht nicht mehr unmittelbar aus dem materiellen Recht ableiten ließ.

Das hatte dennoch keine völlig neue Abgrenzung zwischen Prozeßrecht und materiellem Recht zur Folge. Denn auch bei Windscheid ist für eine Klage der materielle Anspruch entscheidend, der ein subjektives Recht voraussetzt. Der Anspruch ist, wie zuvor bei Savigny das subjektive Recht, Entstehungsgrund des materiellen Klagerechts. [2]

Für Windscheid liegt auch der Feststellungsklage ursprünglich ein Recht auf Anerkennung des rechtlich oder faktisch Bestehenden zugrunde. [3] Von dieser Meinung ist er allerdings später abgerückt. [4]

Letztlich hat Windscheid nur das subjektive Recht durch den Anspruch ersetzt. Nicht ganz zu Unrecht meint de Boor, daß Windscheid den Gerichtsschutz und die Klage "aus dem Begriff des subjektiven Rechts nicht innerlich ausgeschieden hat, sondern nur formell." [5]

Zu Beginn dieses Kapitels wurde behauptet, daß Windscheid den späteren Streit um den Streitgegenstand entscheidend mitbeeinflußt hat; das deshalb, weil bei Windscheid materielles Recht und Aktionenrecht keine Einheit mehr bilden, sich materielles Recht und Prozeßrecht, wenn auch zunächst nur formal, gegenüberstehen. Nachdem die actio bei Windscheid in die Begriffe Anspruch und publizistisches Klagerecht aufgegangen war, mußten an die Stelle der actio als Gegenstand des Verfahrens entweder der neu gewonnene materielle Anspruch oder das publizistische Klagerecht oder aber ein völlig neuer Begriff treten. Von

---

1 Windscheid, actio, S.230.
2 Simshäuser, Entwicklung, S.81.
3 Acrio, S.17.
4 Pandekten[3], I, S.103 f.
5 Gerichtsschutz, S.18.

allen drei Möglichkeiten hat die Rechtswissenschaft im Gefolge der später in Kraft getretenen ZPO Gebrauch gemacht. Als sich der Begriff des Anspruchs dank Windscheid langsam durchgesetzt hatte, galten der materielle Anspruch, das publizistische Klagerecht in der Form des Rechtsschutzanspruchs und der prozessuale Anspruch als Gegenstand des Verfahrens. Da sich der materielle Anspruch, besonders bei der damaligen Auffassung von der Anspruchskonkurrenz, und der Rechtsschutzanspruch weitgehend als unbrauchbar zur Abgrenzung erwiesen hatten, ist zunächst bis zum Versuch einer Neuorientierung der Anspruchskonkurrenz der prozessuale Anspruch als Streitgegenstand übriggeblieben.

Weil auch die actio als Gegenstand des Verfahrens das materielle Recht enthielt, sie zum Teil sogar das verletzte materielle Recht unmittelbar war, ist es nicht verwunderlich, daß Windscheid selbst, zumal bei seiner ursprünglichen Auffassung von der Feststellungsklage, annahm, daß die Entscheidung statt über die actio über den behaupteten materiellen Anspruch erging, [1] daß dieser der Gegenstand des Verfahrens war. [2]

Bis auf die Ersetzung der actio durch den Anspruch ist bei Windscheid für den Gegenstand des Verfahrens alles beim alten geblieben. Doch die von ihm eingeleitete Trennung von Privatrecht und Prozeßrecht eröffnete sowohl auf dem Gebiete des Privatrechts als auch auf dem des Prozeßrechts und innerhalb dieses Bereiches auch für den Gegenstand des Verfahrens neue Erkenntnisse. Das soll in den folgenden Abschnitten erörtert werden.

---

1 Actio, S.101, 104, 105, 109, 110; darauf, daß auch Windscheid vom behaupteten Anspruch ausging, hat besonders Simshäuser, Entwicklung, S. 83, hingewiesen.

2 Actio, S.23, 68, 70, 83, 87, 108.

## VI. Die Auswirkungen von Windscheids Darstellung der actio

### 1. Die Folgen für das materielle Recht

Der Begriff des materiellrechtlichen Anspruchs hat sich im Privatrecht durchgesetzt. [1] Windscheid war Mitglied der im Jahre 1874 vom Bundesrat bestellten Kommission, die ein bürgerliches Gesetzbuch entwerfen sollte. § 154 des I. Entwurfs aus dem Jahre 1877 übernahm den Begriff des Anspruchs und definierte ihn als das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Diese Definition entspringt weitgehend Windscheids Bestimmung des subjektiven Rechts, wenn er schreibt, das subjektive Recht sei das "Recht auf ein gewisses Verhalten, Thun oder Unterlassen der dem Berechtigten gegenüberstehenden Personen oder einer gegenüberstehenden Person." [2] Die Kommission sah in dem Anspruch die Richtung des subjektiven Rechts gegen eine bestimmte Person. [3] Die Definition des § 154 des I. Entwurfs wurde unverändert in das BGB übernommen. [4] Damit wurde der Anspruch zu einem systematischen Grundelement. Durch ihn wurde der Rechtsstoff zwar nicht gegliedert, doch der Anspruch drückte die Berechtigungen der Rechtssubjekte untereinander aus. [5]

Während Windscheid zuerst im Anspruch nur die Richtung des Rechts sah, als Machtinhalt des subjektiven Rechts in einer materiellrechtlichen Berechtigung gegen den Verpflichteten, war der Anspruch nach der Gesetzesdefinition selbst ein Recht. Ob Windscheid anfangs den Anspruch als selbständiges Recht

---

1 Dernburg, Pandekten[5], S.89 Anm.6 meint, das sei nicht ohne Schaden für die deutsche Rechtswissenschaft geschehen, ähnlich später auch Binder, Prozeß und Recht, S.114 f.
2 Pandekten[7], S.87.
3 Motive I, S.276.
4 Siehe auch die Kritik daran in den Protokollen I, S. 194, 195.
5 Vgl. auch Lohmann, Diss. S.23.

bezeichnen wollte, erscheint zweifelhaft. Später nannte er ihn dann ein selbständiges Recht. [1]

Der Anspruch war nicht mehr wie ursprünglich ein Teil des subjektiven Rechts. Relatives Recht und Anspruch waren identisch, während das absolute Recht sich vom Anspruch streng unterschied. Windscheids Definition des absoluten Rechts als eine Vielheit von Unterlassungsansprüchen gegen jedermann war nicht haltbar und wurde bald aufgegeben. [2]

2. Die Folgen für das Prozeßrecht

Im Prozeßrecht kam der Einfluß Windscheids nur langsam zur Geltung. [3] So lehrte Wetzell noch in der 3. Auflage seines Systems des ordentlichen Zivilprozesses von 1878, die actio sei der Streitgegenstand des Zivilprozesses. Eine Klage könne nur entstehen, wenn ein Recht erworben und verletzt sei. [4] Wetzell griff damit auf die Savigny'sche Definition der actio zurück.

a. Die Verwendung des Begriffes Anspruchs in der ZPO

Die ZPO von 1877 verwendete ebenso wie der Entwurf des Norddeutschen Bundes von 1874 den Begriff des Anspruchs, ohne ihn aber wie später das BGB zu definieren. Der Begriff der actio taucht in der Gesetzessprache nicht auf. In den Motiven zum BGB ist zu lesen, daß die Rechtsordnung nicht mehr auf ein Aktionensystem aufzubauen sei, denn der Kläger habe nach der neuen Rechtsanschauung ein Recht und keine Klage. [5] Diese Auffassung von der Bedeutung des Aktionensystems war auch schon bei Erlaß der ZPO vorherrschend.

---

1 Pandekten[7], I, S.99.
2 Vgl. Regelsberger, Pandekten I, §52; Dernburg, Pandekten[5], I, S.90; Hölder, ZZP 29, S.55, 56; Bolze, Gruch. 46, S.762.
3 Vgl. auch Henckel, Parteilehre, S.20.
4 S.38.
5 Motive I, S.357.

Das Fehlen einer Definition des Anspruchs darf nicht dazu verleiten, den Begriff des Anspruchs in der ZPO anders als im Sinne Windscheids zu verstehen. Die ZPO hat den Begriff des Anspruchs nicht unreflektiert wie die AGO [1] oder z.B. die "Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzugtum Baden" aus dem Jahre 1832 [2] oder die "Allgemeine bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover" [3] aus dem Jahre 1850 verwendet.

Diese Gerichtsordnungen konnten noch nicht auf einen wissenschaftlich fundierten Anspruchsbegriff zurückgreifen. Ihr Anspruchsbegriff bezeichnete das, was der Kläger mit seiner Klage vom Beklagten verlangte, ohne daß seine Beziehung zu den einzelnen subjektiven Rechten geklärt war.

Die Schöpfer der Reichsjustizgesetze aber legten Wert auf eine genaue wissenschaftliche Bestimmung der Begriffe, so wie sie zu der Zeit anerkannt waren. Es wäre unverständlich, wenn sie den Anspruchsbegriff bei der Autorität des Windscheid'schen Lehrbuchs anders als Windscheid interpretiert hätten, ohne zu diesem Begriff Stellung genommen zu haben. Die definitionslose Verwendung des Anspruches zeigt, daß dieser Begriff für die Schöpfer der ZPO so sehr anerkannt und feststehend war, daß er nach ihrer Meinung einer näheren Bestimmung im Gesetz nicht bedurfte.

Auch die Materialien äußern sich nicht unmittelbar zum Begriff des Anspruchs in der ZPO. Doch aus ihnen geht hervor, daß unter Anspruch der ZPO der Windscheid'sche materielle

---

1 Siehe oben, S.72

2 §§ 247, 250, 251; Mit der Klage werden Ansprüche erhoben; §354; die Klageschrift muß den Streitgegenstand enthalten; aber auch Streitgegenstand als streitbefangene Sache in §§ 142 Nr. 8, 159; die Klage war nach dieser Gerichtsordnung dem materiellen Recht zugeordnet, vgl. § 357.

3 § 4: Klägerischer Anspruch;
§ 184: Der Kläger macht einen Anspruch geltend, der ihm gegen den Beklagten zustehen muß;
§ 2 Ziff. 3 und 4: Der Streitgegenstand bildet den Gegenstand des Verfahrens.

Anspruch verstanden wurde, wenn es heißt, der materielle Anspruch werde geltend gemacht, über ihn werde entschieden und die Entscheidung über ihn erwachse in materielle Rechtskraft. [1]

Ebenso sehen die unmittelbar im Gefolge der ZPO erschienenen Kommentare als Anspruch der ZPO nur den Anspruch an, wie ihn Windscheid verstanden hat. [2] Daß Streitgegenstand immer nur ein behaupteter Anspruch sein kann, wird nicht besonders betont. Daraus, daß die ZPO von streitigen Ansprüchen spricht, ergibt sich, daß der Anspruch immer nur ein behaupteter ist. Von daher bestand keine Veranlassung, materiellen Anspruch und Streitgegenstand gegeneinander abzugrenzen.

Die Verfasser der ZPO konnten den materiellen Anspruch, das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, den Ausdruck für die Richtung des subjektiven Rechts, als Streitgegenstand auffassen, ohne darin einen Widerspruch oder gar ein Problem zu sehen, weil der Feststellungsklage nach ihrer Ansicht ein aus dem materiellen Recht erwachsender Anspruch gegen den Beklagten auf Feststellung oder Anerkennung zugrundelag, über den entschieden wurde. [3] Die Besonderheit der Gestaltungsklage war bei Erlaß der ZPO noch nicht erkannt.

Der Anspruchsbegriff im materiellen und im Prozeßrecht bildete für den Gesetzgeber und die damalige Zivilprozeßrechtswissenschaft eine Einheit. [4] So ging der Gesetzgeber auch nicht von einem wesentlich anderen Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht aus. Er ersetzte für den Zivilprozeß den Begriff der actio durch den des Anspruchs, blieb aber gemeinrechtlichen Denkkategorien über den Begriff und das Wesen der Klage verhaftet.

---

1 Hahn-Stegemann, Materialien I, S.257,291; vgl.auch Nikisch, Streitgegenstand,S.41-43; Habscheid, Streitgegenstand,S.20, 21; Henckel, Parteilehre, S.21,22.

2 Struckmann-Koch, § 136 Anm.2; Bülow, § 136,Anm.2; Petersen, § 136 Anm.1; Reincke, § 136 Anm.I, § 3 Anm.I: Der Streitgegenstand ist zivilrechtlicher Natur; Förster, § 136 Anm.2.

3 Hahn-Stegemann, Materialien I, S.257; ebenso Struckmann-Koch, a.a.O.; Bülow, a.a.O.; siehe auch oben S.5.

4 Vgl. auch Habscheid, Streitgegenstand, S.20,21.

Die Ersetzung der actio im Zivilprozeß durch den Anspruch konnte umso leichter geschehen, als obligatorische Ansprüche eine Rechtsverletzung nicht voraussetzten. Windscheid hatte die Rechtsverletzung aus dem materiellen Recht ausscheiden wollen. Da die dinglichen Ansprüche aber nicht mehr als eine Vielzahl von Unterlassungsansprüchen das dingliche Recht selbst bilden konnten, mußte bei ihnen wie bei der actio der Rechtsbestand und die Verletzung zur Voraussetzung des dinglichen Anspruchs erhoben werden. Damit war z.B. Streitgegenstand der Eigentumsherausgabeanspruch und nicht wie bei der actio das verletzte materielle Recht. [1] So war die Rechtsverletzungstheorie der gemeinrechtlichen actio nicht völlig aus dem materiellen Anspruch ausgeschieden. Die Schöpfer der ZPO verbannten sie nicht ganz aus ihrer Vorstellungswelt und waren im Bereich der Klagen der gemeinrechtlichen Prozeßtheorie verbunden. Das ergibt sich weiter aus der Tatsache, daß nach den Materialien der ZPO den Grund des erhobenen Anspruchs in § 253 ZPO diejenigen Tatsachen bilden, "welche nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen". [2] Man braucht nur den Anspruch durch den Begriff Recht zu ersetzen, um zur Savigny'schen Definition der actio und der Markmale des Klagegrundes zu gelangen.

Die ZPO machte von der durch Windscheid ermöglichten Eigenständigkeit des Prozeßrechts auf dem für die Bestimmung des Streitgegenstandes so wichtigen Gebiet der Klage und des Klagerechts keinen Gebrauch. Obwohl der Windscheid'sche Anspruchsbegriff eigentlich nicht mehr die Unterordnung der Klage unter das materielle Recht erforderte und eine Neuorientierung am Prozeßrecht ermöglichte, ging auch der Gesetzgeber von der Unterordnung unter das materielle Recht aus. Es war "Sache des materiellen Rechts, die Voraussetzungen zu regeln, unter denen eine Klage erhoben werden konnte." [3] Die Prozeßrechtswissen-

1 Ähnlich Henckel, Parteilehre, S.22.
2 Hahn-Stegemann, Materialien I, S.255; siehe auch Wetzell, System § 16.
3 Hahn-Stegemann, Materialien, S.235.

schaft verzichtete darauf, den Klagen vom Prozeßrecht her eigenen Gehalt zu geben. Das Prozeßrecht war demnach noch weitgehend eine Funktion des materiellen Rechts. Die ZPO war nicht Ergebnis einer schon wirklich eigenständigen neuen Prozeßtheorie, sie hat vielmehr erst die in den Anfängen befindliche "wahrhaft rechtswissenschaftliche Behandlung des Zivilprozesses" [1] begünstigt und beschleunigt.

Für den Streitgegenstand gilt mit Inkrafttreten der ZPO folgendes: Materieller und prozessualer Anspruch sind identisch. Daraus, daß es im Prozeß immer nur um behauptete Rechte gehen kann, werden keine Konsequenzen gezogen. Der Anspruch der ZPO betrifft nur die materiellrechtliche Beziehung zwischen Kläger und Beklagtem. Die Rechtsschutzform der Verurteilungsklage ist ihm begrifflich zwar nicht zugeordnet, doch ergibt sie sich zwingend aus ihm.

b. Die Bewährungspunkte des Streitgegenstandes in der Prozeßliteratur unmittelbar nach Inkrafttreten der ZPO

Die aus den Bewährungspunkten des Streitgegenstandes resultierenden Probleme erfahren in den Materialien zur ZPO keine nähere Erörterung. Auch die Rechtskraft wird nur dahin behandelt, ob die Entscheidungsgründe im Sinne Savignys [2] in Rechtskraft erwachsen sollen oder nicht. [3]

Näheren Aufschluß bieten die ersten nach dem Inkrafttreten der ZPO erschienenen Kommentare. Ihnen allen ist gemeinsam, daß sie am materiellen Anspruch als Gegenstand des Verfahrens auch bei den Bewährungspunkten des Streitgegenstandes festhalten. [4]

---

1 Bülow, über sein eigenes Werk in: ZZP 27, S.202.
2 System VI, S.315 f.
3 So Wetzell, System S.594; zur Kontroverse Savigny-Wetzell, Hahn-Stegemann, Materialien I, S.290, 291.
4 z.B. Bülow, § 240 Anm.3; § 232 Anm.1; § 235 Anm.4; Struckmann-Koch, § 240 Anm. 2; Reincke, § 240 Anm.Ia; Förster, § 240 Anm.2; Petersen, § 232 Anm. 3.

Entscheidend dafür, ob eine Klagehäufung oder Klageänderung vorliegen, ob der Einwand der Rechtshängigkeit oder Rechtskraft gegeben ist, ist, ob der eine materielle Anspruch mit dem anderen identisch ist. Damit lassen sich die meisten Fälle zufriedenstellend lösen.

Doch in speziellen Fragen weichen die Ansichten zum Teil voneinander ab. Merkmal für die Identität des Anspruchs ist der identische Klagegrund. Je nachdem wie dieser charakterisiert wird, ist auch ein materieller Anspruch mit dem anderen identisch. Der Wortlaut des Gesetzes sowie die Definition des Anspruchs- oder Klagegrundes in den Materialien zwingen nicht zu einer bestimmten Auslegung, wenn sie auch der "Substantiierungstheorie" den Vorrang zu geben scheinen. [1] Der Klagegrund bezw. Anspruchsgrund führte zu einem tiefgehenden Meinungsstreit, dessen einzelne Positionen mit den Schlagworten Individualisierungstheorie oder Substantiierungstheorie gekennzeichnet sind und letztlich ein Streitgegenstandsproblem bilden. [2]

Während die gemeinrechtliche Prozeßwissenschaft den Klagegrund noch dem materiellen Recht zuwies und sich mit ihm nicht eingehend auseinandersetzte, finden sich aufgrund des Gesetzeswortlauts Ansätze für diese Theorien bereits unmittelbar nach Inkrafttreten der ZPO, doch wurden diese Theorien als eigentliches Problem, besonders als Streitgegenstandsproblem, noch nicht erkannt. [3]

Der Meinungsstreit ging darum, ob die Klage durch Angabe eines Rechtsverhältnisses individualisiert oder durch Tatsachen substantiiert werden mußte. Deutlich wird dies an dem Beispiel

---

1 So auch Habscheid, Streitgegenstand, S.184.
2 Dazu besonders eingehend mit umfassenden Literaturhinweisen Robinow, Streitgegenstand, S.13f.; siehe auch Habscheid, Streitgegenstand, S. 185 - 190.
3 Für die Substantiierungstheorie Förster, § 230 Anm.3d; für die Individualisierungstheorie Petersen, § 230 Anm. II 3; Reincke, § 230 Anm. III; unentschieden Bülow, § 230 Anm.3; Struckmann-Koch, § 230 Anm.4.

der dinglichen Klage. Die Eigentumsklage ist nach der reinen Individualisierungstheorie hinreichend begründet und ihr Streitgegenstand eindeutig festgelegt, wenn der Kläger angibt, welches Recht an welchem Gegenstand er geltend macht. Die Klageschrift deckt alle Erwerbsgründe, die damit nicht zum Klagegrund und zum Streitgegenstand gehören. Nach der reinen Substantiierungstheorie ist der Übergang von einem Erwerbsgrund auf den anderen Wechsel des Klagegrundes und somit des Streitgegenstandes. Im Falle der Anspruchskonkurrenz liegen nach der Individualisierungstheorie so viele Streitgegenstände vor, als konkurrierende Ansprüche eingeklagt sind. Nach der Substantiierungstheorie decken die Tatsachen, sofern sie auf mehrere Ansprüche hinweisen, diese auch als einheitlichen Streitgegenstand. Die Substantiierungstheorie führt nicht notwendig zu einer rein prozessualen Auffassung vom Streitgegenstand, denn nicht die Tatsachen für sich sind Streitgegenstand, sondern es können auch die Tatsachen in Verbindung mit einem bestimmten materiellen Rechtsverhältnis Streitgegenstand sein. [1] So lassen sich auf dem Boden der Substantiierungstheorie sowohl eine materielle als auch prozessuale Streitgegenstandsauffassung begründen. Erst die Überwindung der reinen Individualisierungstheorie, die ausschließlich eine materielle Betrachtungsweise des Streitgegenstandes zuließ, eröffnete die Möglichkeit, über die Substantiierungstheorie zu einem mehr prozessualen Anspruch zu gelangen.

Bei der K l a g e h ä u f u n g gilt die Besonderheit, daß mehrere, auf das gleiche Ziel gerichtete Ansprüche, wenn sie sich bei gleichlautendem Antrag aus der Klageschrift ergaben, eine prozessuale Klagehäufung bedeuteten, und zwar nach den Markmalen der eventuellen Klagehäufung des gemeinen Rechts. [2] Dies war auf die prozessuale Ausgestaltung der elektiven Klagenkonkurrenz zurückzuführen. [3] Daß damit ein Widerspruch zwischen § 5 und § 232 ZPO bestand, wurde nicht erkannt. Bei der Wertberechnung des Streitgegenstandes wurde nicht auf die

---

1 Robinow, Streitgegenstand, S.15.
2 Förster, § 232 Anm.8, obwohl er der Substantiierungstheorie anhing.
3 Vgl. auch Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S.113, 114.

mehrfachen materiellen Ansprüche des Klägers abgestellt, sondern nur darauf, was der Kläger letztlich wirtschaftlich erstrebte. [1]

Eine K l a g e ä n d e r u n g lag vor, wenn der materielle Anspruch, besonders der Klagegrund, verändert wurde. [2] Bei der Änderung des Klagegrundes war die unterschiedliche Auffassung vom Klagegrund von Bedeutung. In Fällen der Anspruchskonkurrenz war der Wechsel von einem materiellen Anspruch zum anderen eine Klageänderung. Der Kläger war daher gezwungen, seine Ansprüche in der Klageschrift bereits zu kumulieren oder später einen neuen Prozeß anzustrengen, sofern die Klageänderung nicht zugelassen wurde.

Entscheidend für die Einrede der R e c h t s h ä n g i g k e i t war ebenfalls die Identität des Anspruchs unter besonderer Berücksichtigung des Klagegrundes. [3] Weiter kam es bei der Einrede der Rechtshängigkeit darauf an, ob der Klage, falls der erste Prozeß rechtskräftig abgeschlossen worden wäre, die Einrede der Rechtskraft entgegenstand. Rechtshängigkeits- und Rechtskrafteinrede waren wie teilweise im gemeinen Recht auf diese Weise eng miteinander verknüpft. [4] Da die Rechtskraft sich zunächst immer nur auf den identischen Anspruch bezog, [5] konnte der Kläger, sofern er nicht seine Ansprüche bereits kumuliert hatte, die einzelnen materiellen Ansprüche nebeneinander geltend machen, da er z.B. den Tatbestand des Vertragsabschlusses bei einer Schadensersatzklage unerwähnt lassen konnte. Der Kläger hatte damit die Möglichkeit, den Streitstoff vor einem anderen Gericht unter anderer Rechtsbehauptung erneut aufzurollen, und verhinderte damit eine schnelle Entscheidung des Streitfalles.

Das Problem der Anspruchskonkurrenz erfuhr bei der R e c h t s -

---

1 So später Wach, Handbuch I, S.381 Nr.4.
2 Reincke, § 240 Anm. I a; Bülow, § 240 Anm. 3; Struckmann-Koch, § 240 Anm.2; Förster, § 240 Anm.2.
3 z.B. Reincke, § 235 Anm. III; Bülow, § 235 Anm. 4; Petersen, § 235 Anm. II 1.
4 Petersen, a.a.O.; Struckmann-Koch, § 235 Anm.3,
5 z.B. Struckmann-Koch, § 293 Anm. 3; Förster, § 293 Anm. 5b.

k r a f t keine nähere Erläuterung. Die Anspruchskonkurrenz wurde erst später mit Inkrafttreten des BGB wissenschaftlich behandelt. So konnte ursprünglich jeder materielle Anspruch, wenn er noch nicht in den ersten Prozeß eingeführt war, in einem zweiten Prozeß geltend gemacht werden. [1] Der Kläger konnte sich nach und nach auf die einzelnen Ansprüche berufen, auch wenn es ihm letztenendes nur um eine einzige Leistung ging. Die Beschränkung auf einen bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt war nach der Individualisierungstheorie immer möglich, [2] nach der Substantiierungstheorie eigentlich unzulässig, doch es konnte der Tatsachenvortrag auf die Entstehung oder den Erwerb eines ganz bestimmten Rechts hingelenkt werden.

Aber auch wenn der Kläger die verschiedenen materiellen Ansprüche bereits in der Klageschrift kumulierte, hatte er die Möglichkeit, erneut aus einem dieser kumulierten Ansprüche zu klagen, wenn der Richter einen bestimmten materiellrechtlichen Anspruch außer acht gelassen und diesen nicht ausdrücklich im Urteil abgewiesen hatte, denn insofern war über den Anspruch noch nicht entschieden. [3]

Zu dem Problem einer rechtskraftfremden Präklusion wurde nach Inkrafttreten der ZPO noch nicht sofort Stellung genommen.

Die Behandlung der Bewährungspunkte des Streitgegenstandes unmittelbar nach Inkrafttreten der ZPO zeigt, wie sehr die Gleichsetzung von materiellem und prozessualem Anspruch den Weg für der Prozeßökonomie entsprechende Lösungen versperrt hat. Mitentscheidend dafür ist die zu der Zeit vorherrschende Ansicht, der Kläger klage aus einem ganz bestimmten materiellen Anspruch. Damit ist schon zu Beginn des Prozesses der Streitgegenstand nach Inhalt und Umfang fest abgegrenzt und es besteht die Schwierigkeit, die Streitsache zwischen den Parteien abschließend zu erledigen. Dieses aktionenrechtliche Denken wurde erst

---

1 Förster, a.a.O.
2 Vgl. Robinow, Streitgegenstand, S.60; RGZ 50 S.378 f..; für die Substantiierungstheorie später RGZ 126, S.245.
3 Vgl. Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S.119.

überwunden, als der Streitgegenstand mehr nach prozessualen Gesichtspunkten bestimmt wurde.

## 3. Die publizistischen Klagerechtstheorien

Nunmehr soll untersucht werden, welche weiteren Konsequenzen Windscheids Verweisung des publizistischen Klagerechts ins Prozeßrecht für die Entwicklung des Prozeßrechts, sein Verhältnis zum materiellen Recht und letztlich für den Streitgegenstand gehabt hat.

Für diese Entwicklung ist die Leistung Windscheids nicht allein verantwortlich, sondern nur einer der wesentlichen Faktoren.

### a. Das Aufkommen der Begriffsjurisprudenz im Bereich des Zivilprozesses

Um die Mitte des 19. Jahrhunderts begründeten Puchta, Jhering und Gerber die von Heck als Begriffsjurisprudenz bezeichnete juristische Methodenlehre, die an die Stelle der juristischen Methodenlehre der frühen Historischen Rechtsschule trat. [1] Die Historische Rechtsschule hatte den "größeren Teil ihrer geistigen Kraft dem Aufbau einer systematischen Zivilrechtswissenschaft" [2] zugewandt. Sie übertrug die "System- und Begriffsbildung des jüngeren Vernunftsrechts auf den gemeinrechtlichen Stoff" [3] und sah das logische Element nicht als das Wesentliche an. [4] Die Begriffsjurisprudenz versuchte, das Recht als ein geschlossenes System von einander bedingenden, untereinander in einem Ableitungszusammenhang im Sinne der Formallogik stehenden Begriffen zu bringen. [5] Diese Methoden-

1 Larenz, Methodenlehre, S.17 ff.
2 Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S.430.
3 Wieacker, a.a.O.
4 Wilhelm, Methodenlehre, S.86.
5 Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S.430 ff.; Larenz, Methodenlehre, S.27 ff.

lehre wurde jedoch nicht vom Zivilprozeßrecht, sondern vom Privatrecht her entwickelt.

Erst Bülow übernahm sie im Jahre 1868 in seiner Schrift über die Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen. [1] Er leitete damit die "wahrhaft rechtwissenschaftliche Behandlung des Zivilprozesses" ein. [2] Es bestand danach die Möglichkeit, über die bloße Beschreibung des Prozesses hinaus ein Prozeßrechtssystem zu schaffen. Bülow versuchte, einen "leitenden, das Ganze des Prozeßrechts vollständig umfassenden Grundbegriff" [3] zu finden. Dieser war für ihn das Prozeßrechtsverhältnis. Davon ausgehend, daß der Prozeß ein Rechtsverhältnis sei, das der Inbegriff der gesamten prozessualen Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien und dem Gericht sei, führte er die systematische Einheit des Zivilprozeßrechts auf diesen Begriff zurück. [4] Die Entstehungsvoraussetzungen des Prozeßrechtsverhältnisses fand er in den Prozeßvoraussetzungen.

Im Gegensatz zu Bülow ging Wach vom Rechtsschutzanspruch als elementarem Grundbegriff des Prozeßrechts aus, da der Zivilprozeß Rechtsschutz im Dienste der privatrechtlichen Interessen bezwecke. [5]

Die Zivilprozeßrechtswissenschaft empfing ihre Impulse nicht mehr aus dem Privatrecht, sondern aus den ihr innewohnenden elementaren Grundbegriffen. Aus diesen Begriffen wie Prozeßrechtsverhältnis, Prozeßvoraussetzung und Rechtsschutzanspruch sowie den materiellrechtlichen Begriffen Anspruch und Klagerecht hatte die neue Prozeßrechtswissenschaft das Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht neu zu bestimmen.

Da Bülow seinem Prozeßsystem das Prozeßrechtsverhältnis zugrundelegte, und dieses öffentlichrechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur war, vindizierte er der Zivilprozeßrechts-

---

1 Vgl. dazu besonders Simshäuser, Entwicklung, S.89.
2 So Bülow selbst in: ZZP 27, S.202.
3 ZZP 27, S.222.
4 Prozeßeinreden, S.1 - 4.
5 ZZP 32, S.25.

wissenschaft einen eigenen Gehalt, den sie vorher nicht besessen hatte. [1] Das Prozeßrechtsverhältnis wies jedoch zu wenig Berührungspunkte mit dem materiellen Recht auf, um das Verhältnis beider Materien untereinander zufriedenstellend zu erklären.

Dafür bot sich als gewichtigerer Ansatzpunkt das von Windscheid anerkannte publizistische Klagerecht an. Hatte dieses zunächst noch keine wissenschaftliche Behandlung erfahren, da die Zivilprozeßrechtswissenschaft ihre Legitimation aus dem Privatrecht bezog, so bestand mit dem Vordringen der Begriffsjurisprudenz und der Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte [2] auch im prozessualen Bereich bei Inkrafttreten der ZPO die Möglichkeit, das publizistische Klagerecht näher zu bestimmen.

Bei Bülow selbst nahm das publizistische Klagerecht keinen hervorragenden Platz ein. Er stand ihm ablehnend gegenüber [3] und versuchte, es in sein auf dem Prozeßrechtsverhältnis und den Prozeßvoraussetzungen beruhendes Prozeßsystem einzuordnen. Hingegen anerkannte Bülow ein materielles Klagerecht. Er identifizierte den Windscheid'schen Anspruch, den er für zutreffend hielt, [4] mit dem materiellen Klagerecht, nahm aber zur Unterordnung der Klage unter das materielle Recht keine Stellung, [5] da er vom öffentlichrechtlichen Prozeßrechtsverhältnis ausging.

Bülows Lehre von den Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen war für den Streitgegenstand nicht von unmittelbarer Bedeutung, weil Bülow sich nicht mit diesem auseinanderzusetzen brauchte. Mittelbar kommt Bülow aber das Verdienst zu, dadurch, daß er der Prozeßrechtswissenschaft eine eigene Substanz gab, es ermöglicht zu haben, daß diese später auch beim Begriff des

---

1 Degenkolb, Einlassungszwang, S.2.
2 Gerber, Über öffentliche Rechte 1852; dazu Forsthoff, Lehrbuch, S.178-181.
3 ZZP 27, S.212 f.
4 Prozeßeinreden, S.234; dagegen besonders Degenkolb, Einlassungszwang, S.3.
5 Prozeßeinreden, S.209,210,233,234; vgl. besonders Simshäuser, Entwicklung, S.103.

Streitgegenstandes sichtbar wurde.

b. Das abstrakte Klagerecht

Degenkolb unternahm es als erster, das von Hasse, Muther und Windscheid angedeutete publizistische Klagerecht näher zu beleuchten. [1] Er fühlte sich dazu ermutigt, nachdem Bülow dem Prozeßrecht "seine Substanz vindiziert" hatte. [2]

Das publizistische Klagerecht ist bei ihm völlig losgelöst vom privaten Recht. Das Klagerecht läßt gegenüber dem Staat das Prozeßverhältnis entstehen und zwingt den Beklagten zur Einlassung. Das Klagerecht Degenkolbs ist unabhängig vom materiellen Recht und vorprozessual, denn auch bei unbegründeter Klage entstehe ein Prozeßverhältnis, das mit der Urteilsfällung abgeschlossen werde. [3] Mit der ursprünglichen actio hat dieses Klagerecht nichts gemein und es sollte auch nicht die actio erklären, da ihm die materielle Zuordnung fehlte. Der Prozeß hat den Frieden der Rechtsordnung zu bewahren. [4] Der Klagezwang beruht nicht auf dem Privatrecht, sondern auf der Logik der Rechtseinrichtung des Prozesses. [5] An die Stelle der Selbsthilfe ist ein Klagerecht getreten, [6] das gegenüber dem Gericht Anwartschaft auf ein Urteil, nicht auf ein günstiges Urteil ist. [7] Dem Beklagten gegenüber ist es Recht auf Mithilfe, daß geurteilt werden kann. [8] Der Beklagte erfüllt nicht Interessen des Klägers, sondern er hat im Interesse des Rechtsfriedens das Recht an sich zu befriedigen. [9]

Das Klagerecht Degenkolbs wurde auch abstraktes Klagerecht genannt, weil es nicht auf ein dem Kläger günstiges Urteil

---

1 Einlassungszwang und Urteilsnorm 1877.
2 Einlassungszwang, S. 2.
3 a.a.O., S.4, 32.
4 a.a.O., S.31.
5 a.a.O.
6 a.a.O., S.32.
7 a.a.O., S.12,13,26,32.
8 a.a.O., S.33.
9 a.a.O., S.36.

gerichtet war, sondern das Recht des Klägers auf Gerichtsschutz allgemein bezeichnete. [1] Ihm wurde mit Inkrafttreten der ZPO von vornherein der Boden entzogen, [2] denn die ZPO kannte abweichend vom römischen Prozeßrecht keine Handlungspflichten der Parteien mehr. [3] Die Mitwirkungspflicht des Beklagten hinweggedacht blieb das abstrakte Klagerecht Degenkolbs nur noch Anspruch gegen den Staat auf Gerichtsschutz. Im Ansatz war damit schon der Justizgewährungsanspruch im Sinne Goldschmidts vorhanden. [4]

Das abstrakte Klagerecht war für die Entwicklung des Prozeßrechts von Bedeutung. Für den Streitgegenstand unmittelbar war es ohne Belang, da es nicht auf den einzelnen Prozeß bezogen war.

c. Die Lehre vom Rechtsschutzanspruch und ihre Bedeutung für die Streitgegenstandsdiskussion

Wichtiger für den Streitgegenstand ist die Lehre vom konkreten Klagerecht oder Rechtsschutzanspruch.

Diese ging, nachdem die ursprüngliche actio nicht mehr anerkannt war, von der Überlegung aus, daß der Kläger im Prozeß eine ihm günstige Entscheidung begehrt, die ihm der Beklagte nicht gewähren kann. Mit der Hervorhebung des dem Kläger günstigen Urteils stellte sich auch die Frage nach den verschiedenen Arten der staatlichen Rechtspflegeakte. So haben die Anhänger der Lehre vom Rechtsschutzanspruch, besonders ihr Begründer Wach [5], der Feststellungsklage, vor allem der negativen Feststellungsklage entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers

---

1 Plosz, Beiträge, S.40.
2 Vgl. auch Lohmann, Diss., S.50.
3 Rosenberg, Lehrbuch, § 2 II 3.
4 Der Prozeß als Rechtslage, S.77, 138, 263.
5 Feststellungsanspruch, S.15 f.; siehe auch Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, S. 25 f.; Schmidt, Lehrbuch, S.16,17; Stein, Festgabe für Fitting, S. 333 f.; Langheineken, Urteilsanspruch, S.42 f.; Schüler, Urteilsanspruch, S.23f.

einen eigenen prozessualen Gehalt eingeräumt und nicht mehr einen Anspruch auf Anerkennung als ihr zugrundeliegend angesehen. Gerade an der Feststellungsklage entwickelte Wach den Begriff des Rechtsschutzanspruchs. [1] Als materiellrechtliche Beziehung zwischen Kläger und Beklagtem kam nicht mehr der privatrechtliche Anspruch infrage. Für sämtliche Rechtsschutzformen war eine einheitliche materiellrechtliche Beziehung erforderlich, die die Lehre vom Rechtsschutzanspruch im "außerprozessualen Tatbestand" fand. [2] Der außerprozessuale Tatbestand gehörte dem Privatrecht an.

Wach definierte den Rechtsschutzanspruch folgendermaßen: Er ist "das Recht auf zivilprozessualen Schutz, auf den Rechtspflegeakt, welcher das Ziel des Prozesses bildet. Er richtet sich gegen den Staat, welcher den Schutz gewähren soll. Er richtet sich gegen den Gegner, demgegenüber derselbe zu gewähren ist. Er ist publizistischer Natur. Er ist nicht der Ausfluß oder Ausdruck des subjektiven Privatrechts. Er ist aber auch nicht jene publizistische Klagebefugnis, die einem jeden offensteht, welcher in den Formen des Rechts behauptet, einen Anspruch auf Rechtsschutz zu haben. Er ist dem zivilen Recht gegenüber selbständig in seinen Voraussetzungen, geknüpft an konkrete außerprozessuale Tatbestände, selbständig in den subjektiven Beziehungen, in seinem Inhalt, in seiner Befriedigung. Er ist der unmittelbare Gegenstand des Zivilprozesses. " [3]

Wach hält damit nur noch einen publizistischen Klagerechtsbegriff für zulässig. Dieser ist nicht das abstrakte Klagerecht Degenkolbs auf Rechtsschutz, [4] sondern das Recht auf Erlaß eines günstigen Urteils. Wach löst sich nicht, wie Degenkolb, völlig vom materiellen Recht, denn er stellt auf eine bestimmte vorprozessual bestehend gedachte, dem künftigen Kläger günstige materielle Rechtslage ab. Sein Rechtsschutzanspruch enthält alle Elemente der ursprünglichen actio, nämlich die

---

1 Feststellungsanspruch, S.15.
2 Wach, Feststellungsanspruch, S.19.
3 Feststellungsanspruch, S.15.
4 Wach, Handbuch I, S.22.

materielle Beziehung zwischen Kläger und Beklagtem, sowie die Beziehung zum Staat, der Gerichtsschutz gewährt. Mit dem Rechtsschutzanspruch ist nach Windscheid im Grunde genommen die Einheit des Actiobegriffes noch einmal wiederhergestellt, [1] was mit zu den Zielen der Rechtsschutzlehre gehört. [2] Diese Einheit ließ sich aber nur noch auf dem Gebiete des Prozeßrechts erreichen, wobei dieses den Vorrang hatte.

Mit dem Untergang der Lehre vom Rechtsschutzanspruch war der Übergang von der actio zum lediglich materiellen Anspruch endgültig vollzogen. Eine prozessuale Komponente der actio war später nicht mehr vorhanden. Besonders der prozessuale Anspruch, wie er heute verstanden wird, vermag diese Einsicht nicht wiederherzustellen, da in ihm sowohl das Moment des Gerichtsschutzes als auch das materielle Recht nicht enthalten ist, er vielmehr mangels seiner Bestimmtheit außerhalb des materiellen Rechts interpretiert wird. Aber auch ein am materiellen Recht orientierter prozessualer Anspruch ist der ursprünglichen actio nicht vergleichbar, weil auch in ihm der Gerichtsschutz nicht enthalten ist.

Während Wach dem Rechtsschutzanspruch noch eine doppelte Richtung gegen den Staat und den Beklagten gab, richtete sich der Rechtsschutzanspruch Hellwigs, des nach Wach wichtigsten Anhängers dieser Lehre, nur noch gegen den Staat. Das Verhältnis vom materiellen Recht und Rechtsschutzanspruch ist dahin gekennzeichnet, daß das Klagerecht den materiellen Tatbeständen weitgehend untergeordnet ist, von diesen, da es auf ein günstiges Urteil gerichtet ist, abhängig ist. Wach selbst sagt zwar, der Rechtsschutzanspruch sei keine Funktion des subjektiven Rechts, da er nicht durch ein solches bedingt sei, z.B. im Fall der negativen Feststellungsklage. [4] Aber auch die negative Feststellungsklage läßt sich den materiellen Tatbeständen unterordnen, die damit über das subjektive Recht hinausgehen.

---

1 Ähnlich Henckel, Parteilehre, S.23.
2 Wach, Feststellungsanspruch, S.14,15,27.
3 Anspruch und Klagerecht, S.145,149; ähnlich Langheineken, Urteilsanspruch,S.42f.; Stein, Festgabe für Fitting,S.336f.
4 Handbuch I, S.90.

Entscheidend dafür, daß sich die Lehre vom Rechtsschutzanspruch nicht behauptet hat, war, daß die außerprozessuale Betrachtungsweise des Klagerechts als unzulässig erkannt wurde. [1]

Während das gemeinrechtliche Klagerecht aus dem subjektiven Privatrecht abgeleitet war, war der Rechtsschutzanspruch eine Funktion der außerprozessualen Tatbestände. Diese konnten und mußten schon vor dem Prozeß als gegeben oder nicht gegeben festgestellt werden. Damit ging der Rechtsschutzanspruch von einem vorprozessual bestehend gedachten subjektiven öffentlichen Recht des einzelnen gegen den Staat auf günstigen Rechtsschutz aus. Es gibt jedoch keinen Anspruch des Klägers gegen den Staat auf günstiges Urteil. [2] Denn aufgrund der Verhandlungsmaxime und möglicher Beweisschwierigkeiten hängt der Ausgang des Prozesses nicht immer von der materiellen Rechtslage allein ab. So kann es geschehen, daß ein Urteil der materiellen Rechtslage nicht entspricht und damit der behaupteten Rechtsschutzpflicht des Staates zuwiderläuft. Die Lehre vom Rechtsschutzanspruch hat diesen Widerspruch, daß der Richter nach der Prozeßordnung ein bestimmtes Urteil zu erlassen hat und damit nicht unbedingt der staatlichen Rechtsschutzpflicht genügt, nicht zu lösen vermocht.

Die Lehre vom Rechtsschutzanspruch hat dem Problem des Streitgegenstandes neue Impulse gegeben. Habscheid meint, jahrzehntelang habe sich die deutsche Prozeßrechtsdoktrin damit beschäftigt, die Rechtsnatur des prozessualen Anspruchs zu erarbeiten und schließlich habe sie geglaubt, die Lösung im Rechtsschutzanspruch gefunden zu haben. [3] Dabei läßt er außer acht, daß sich die Lehre vom Rechtsschutzanspruch nicht in

---

1 Zur Überwindung des Rechtsschutzanspruchs Rosenberg-Schwab, § 3 II; Nikisch, Zivilprozeßrecht 2 III; Schönke-Schröder-Niese, Lehrbuch, § 1 VI; differenzierend Schönke-Kuchinke, Zivilprozeßrecht 3 II; Habscheid, Streitgegenstand, S.99 ff.; Simshäuser, Entwicklung, S.116 ff.; siehe aber auch Pohle, Einl.E III 1 c, der sich neuerdings dem Rechtsschutzanspruch nähert; für den Rechtsschutzanspruch Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 1 III 2; Schlosser, Gestaltungsklagen, S.375 ff.

2 a.A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 1 III 2.

3 Streitgegenstand, S.99, widersprüchlich zu S.31.

erster Linie zum Ziel gesetzt hatte, eine Lösung für den prozessualen Anspruch, den Streitgegenstand, zu finden. Die Lehre vom Rechtsschutzanspruch war eine Konsequenz der Windscheid'schen Aufteilung der actio in den materiellen Anspruch und ein publzistisches Klagerecht. Daß sie den Streitgegenstand behandelte und auch zu einer Neuorientierung kam, war nicht ihr primäres Ziel. Dieses ergibt sich auch daraus, daß von den Anhängern der Rechtsschutzlehre verschiedene Streitgegenstandsauffassungen vertreten wurden, der Rechtsschutzanspruch nicht zu einer bestimmten einheitlichen Auffassung vom Streitgegenstand zwang. Das der Lehre vom Rechtsschutzanspruch grundsätzlich für den Streitgegenstand anhaftende Verdienst ist, daß sie die Eigenständigkeit des Prozeßrechts, so wie sie zunächst Windscheid nur anerkannte und Bülow dann begründete, fortführte und auszubauen versuchte. Die Loslösung der Feststellungsklage vom materiellen Anspruch durch Wach eröffnete der Zivilprozeßrechtswissenschaft die Möglichkeit, einen neuen Streitgegenstandsbegriff für alle Klagearten zu finden. Für Wach war der Rechtsschutzanspruch der unmittelbare Gegenstand des Zivilprozesses. [1] Daneben anerkannte er das Privatrechtsverhältnis als Gegenstand des Verfahrens. [2]

Es erscheint verwunderlich, daß Wach ein publizistisches Klagerecht, gleichsam zur alten actio zurückkehrend, als unmittelbaren Gegenstand des Verfahrens angesehen hat und seine Streitgegenstandsauffassung dennoch materiellrechtlich genannt wird. Dafür sind zweierlei Gründe maßgebend.

Die Hauptursache ist darin zu finden, daß für Wach der Begriff des Anspruchs in der gerade in Kraft getretenen ZPO kein einheitlicher ist. Wach machte als erster deutlich, daß der Anspruch Windscheids der Feststellungsklage, besonders der negativen Feststellungsklage nicht gerecht wurde, wenn die ZPO von einem streitigen Anspruch, seiner Geltendmachung sowie seiner Anerkennung sprach. [3] Als Anspruchsbegriff sowohl für die

1 Feststellungsanspruch, S. 15; Handbuch I, S.19.
2 Handbuch I, S. 13.
3 Handbuch I, S.297.

Leistungs- als auch Feststellungsklage - die Gestaltungsklage erkannte er erst im Ansatz als besondere Klageart [1] - bot sich ihm auch in Ermangelung eines anderen Begriffes der Rechtsschutzanspruch an. Das konnte umso leichter geschehen, als der Rechtsschutzanspruch nicht an eine besondere Klageart gebunden war, ja es gerade nicht sein wollte, und letztlich das gesamte Verlangen des Klägers gegenüber dem Beklagten, gerichtet an das Gericht, ausdrückte. Wach hat es damit schon bald nach Erscheinen der ZPO verstanden, mittels des Rechtsschutzanspruchs den Streitgegenstand im heutigen Sinn modern zu fassen. Ihm konnte aber damit kein Erfolg beschieden sein, da der Rechtsschutzanspruch an der vorprozessualen Betrachtungsweise scheiterte. So wurde der Rechtsschutzanspruch als Streitgegenstand nicht theoretisch weitergebildet. Auch Wach hat ihn nicht in dieser Hinsicht kritisch überprüft. Es hätte sich sonst für ihn das Problem gestellt, ob auch bei abgewiesener Klage der Prozeß einen Gegenstand gehabt hätte, denn der Rechtsschutzanspruch richtete sich gerade auf ein dem Kläger günstiges Urteil. Im Fall der Klagabweisung schlägt Wach, um seinen Rechtsschutzanspruch zu retten, wenn auch nicht für den Streitgegenstand, folgenden Weg ein: Bei grundloser Leistungs- oder Feststellungsklage habe der Beklagte seinerseits einen Anspruch gegen den Staat auf Abweisung der unbegründeten Klage. [2] Dieser Anspruch des Beklagten ist gleichsam der Rechtsschutzanspruch unter umgekehrten Vorzeichen.

Daß Wachs Streitgegenstandsauffassung trotz der wesentlichen publizistischen Komponente im Rechtsschutzanspruch gleichwohl materiellrechtlich genannt werden kann, liegt weiter daran, daß im Rechtsschutzanspruch ein außerprozessualer materieller Tatbestand enthalten ist. [3] Oberbegriff für diesen Tatbestand, der für die Klageänderung und Rechtshängigkeit bedeutsam ist,[4] ist das Privatrechtsverhältnis als zweiter Gegenstand des Prozesses. Er umfaßt sowohl die Leistungs- als auch Feststellungs-

1 Handbuch I, S.13.
2 Handbuch I, S.19,
3 Zum materiellen Tatbestand bei Wach siehe auch Simshäuser, Entwicklung, S.127.
4 Feststellungsanspruch, S.42,43.

klage. Gegenstand der Leistungsklage ist der Anspruch des Klägers und zwar der Anspruch Windscheids, [1] Gegenstand der positiven wie negativen Feststellungsklage das bestimmte materielle Recht. [2]

Wenn auch bei Wach der Gedanke nicht verloren geht, daß im Prozeß immer nur um behauptete Rechte gestritten wird, [3] macht er dies bei der Erörterung des Streitgegenstandes nicht genügend deutlich. Der Streitgegenstand ist bei ihm nicht Mittelpunkt seiner Darstellung, sondern nur beiläufige Konsequenz der Besprechung des Rechtsschutzanspruchs. Auf die Bewährungspunkte des Streitgegenstandes geht er im Rahmen des Rechtsschutzanspruchs nicht ein. [4] Daß er den Streitgegenstand nicht schon in seiner ganzen Problematik erfaßte, ist darauf zurückzuführen, daß er als Gegenstand des Prozesses einmal global den Rechtsschutzanspruch, dann aber auch das Privatrechtsverhältnis ansah.

Die übrigen Anhänger der Rechtsschutzlehre identifizieren den Rechtsschutzanspruch nicht mit dem Streitgegenstand. Ihre Ansichten sollen bei der weiteren Entwicklung des Streitgegenstandsproblems erörtert werden.

---

1 Handbuch I, S.14,15.
2 Handbuch I, S.16-18.
3 Handbuch I, S.18.
4 Vgl. auch Habscheid, Streitgegenstand, S. 31.

## VII. Die weitere Entwicklung des Streitgegenstandsproblems

Richard Schmidt, ebenfalls Anhänger des Rechtsschutzanspruchs,[1] vertrat abweichend von Wach die Ansicht, der eigentliche Streitgegenstand sei nur der Anspruch des Privatrechts bezw. für die Feststellungsklage das Privatrechtsverhältnis. Wenn auch vielfach behauptet werde, die ZPO verwende stillschweigend einen eigenen, nur ihr eigentümlichen Begriff des Anspruchs und begreife darunter alles, was der Kläger begehre, so bestehe keine Veranlassung, darüberhinaus einen Begriff des Anspruchs im prozessualen Sinn aufzustellen.[2] Dementsprechend liegt nach seiner Meinung der Gestaltungsklage ein privatrechtlicher Anspruch auf Duldung zugrunde.[3]

Schmidt deutet die auch schon bei Wach festzustellende aufkommende Erkenntnis an, daß einheitlicher Streitgegenstand der ZPO wegen der Verschiedenartigkeit der Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklagen nicht ausschließlich der materielle Anspruch sein könne.[4] Auch die Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches identifizieren den Anspruchsbegriff der ZPO nicht mit dem des BGB, da der Feststellungsklage kein Anspruch gegen den Beklagten zugrundeliege.[5] Diese Erkenntnis veranlaßte den Gesetzgeber jedoch nicht, die ZPO entsprechend zu berichtigen, offensichtlich, weil der Leistungsklage die wesentliche Bedeutung zukam.[6]

Aus der Verschiedenheit der Rechtsschutzformen wurden aber unterschiedliche Schlüsse für den Streitgegenstand gezogen. Dieser wurde zwar als mehr prozessuales Gebilde erkannt,

---

1 Lehrbuch, S.16,17.
2 a.a.O., S.308.
3 a.a.O., S.307 Fn.2.
4 Leonhard, ZZP 15, S.327; Hellmann, Jh.Jb.31, S.135; Petersen, ZZP 16, S.496; Weismann, Lehrbuch, S.62; Heilfron, Lehrbuch, S.552 Fn. 2; Fitting, Zvilprozeß[10], S.106,107; Seuffert[8], § 260 Anm.2d; Stein[4], Vorbem.§ 252, Anm.II.
5 Motive I, S.291.
6 Siehe auch Lohmann, Diss.,S.25.

doch theoretisch noch nicht völlig durchgebildet. Stein [1] behielt eine streng materiellrechtliche Betrachtungsweise bei und erklärte, gemeinsamer Gegenstand aller Klagen könne nur die Rechtsfolge eines materiellrechtlichen Tatbestandes sein, möge dieser in einem Anspruch, Rechtsverhältnis oder nur in der Berechtigung, eine richterliche Handlung zu verlangen, bestehen. Heilfron [2] nahm als Oberbegriff für den Anspruch den Rechtsschutzanspruch Wachs an, während Fitting meinte, [3] Anspruch allgemein sei das Anrecht gegenüber dem Gericht, Anspruch der Leistungsklage sei der materielle Anspruch im Sinne von Windscheid. Hellmann [4] definierte den Anspruch aller Klagearten als "eine privatrechtlich verliehene Macht zur Herbeiführung einer der Privatrechtsordnung entsprechenden Entscheidung des Gerichts im Sinne des Antrags einer Partei."

Allen Bemühungen, den Anspruch einheitlich zu fassen, ist gemeinsam, daß zumindest Streitgegenstand der Leistungsklage der materielle Anspruch war. Es bestand kein Grund, davon abzuweichen und einen einheitlichen außerhalb des Privatrechts liegenden Anspruchsbegriff zu schaffen, solange der materielle Anspruch den Gegenstand der Leistungsklage hinreichend erklärte und infolge des aktionenrechtlichen Denkens die Ansicht vorherrschte, es werde ein bestimmter einzelner materieller Anspruch geltend gemacht.

Anhand der Klagenhäufung begann sich die Hinwendung zum prozessualen Anspruch abzuzeichnen. § 232 bezw. später § 260 ZPO waren ursprünglich nur für den Fall gedacht, daß der Kläger zwei verschiedene Begehren mit verschiedenen Anträgen anstellte. Nunmehr sahen sich die Zivilprozessualisten bei dem Sprachgebrauch der ZPO vor die Aufgabe gestellt, die vorher immer als materiellrechtlich angesehene Frage der Klagen- und jetzt Anspruchskonkurrenz im Rahmen der Klagenhäufung nach der ZPO zu klären und auch das Verhältnis der einzelnen materiellen Ansprüche im Prozeß untereinander zu bestimmen. Diese Aufgabe

1 a.a.O.; so auch noch in der 15.Aufl. 1934 a.a.O.
2 a.a.O.
3 a.a.O.
4 a.a.O.

hat die Prozeßrechtswissenschaft zunächst nur teilweise erfüllt. Sie selbst hat anfangs das Verhältnis des materiellen Anspruchs zu den prozessualen Vorschriften innerhalb der Streitgegenstandslehre nicht geklärt. So viele materielle Ansprüche vorhanden waren, so viele prozessuale Ansprüche lagen vor. Die Erkenntnis, daß der Anspruch nicht allen Klagearten gemeinsam sein konnte, und die Bildung einheitlicher Oberbegriffe für alle Klagearten verdeckten dieses Problem. Es ist bezeichnend für das aktionenrechtliche Denken in den Berechtigungen der einzelnen subjektiven Rechte, daß die Prozeßwissenschaft es auch nicht vermochte, der Zivilrechtswissenschaft Impulse zu geben, die eine einheitliche prozeßgerechte Bestimmung des Anspruchs sowohl des BGB als auch der ZPO zumindest für die Leistungsklage hätte herbeiführen können. Wäre ihr dies gelungen, so wäre vielleicht der Streit um den Streitgegenstand nicht in dieser Schärfe entbrannt.

Die Diskrepanz zwischen dem prozeßrechtlichen Anspruch der Leistungsklage und dem materiellrechtlichen Anspruch war bereits früh bei Stein zu erkennen, [1] der eine Klagenhäufung verneinte, wenn letztlich nur mehrere rechtliche Gesichtspunkte dasselbe Begehren rechtfertigten. Er ging insofern von einem einheitlichen Anspruchsbegriff aus, der sowohl die Ansprüche aus Vertrag als auch aus Delikt erfaßte. [2] Petersen sah als Anspruch nach § 232 ZPO nur das Begehren an, daß sämtliche rechtlichen Gesichtspunkte enthielt. [3]

Es fehlte jedoch für den Bereich des Prozesses in den 80 und 90er Jahren des 19. Jahrhunderts eine scharfe, dogmatisch begründete und haltbare Abgrenzung des Verhältnisses der einzelnen materiellrechtlichen Ansprüche untereinander. Wenn überhaupt, ist nur eine Kasuistik in den prozeßrechtlichen Darstellungen zu finden, die prozeßökonomische Gesichtspunkte zwar berücksichtigt, aber kein einheitliches System in sich birgt. [4]

1 Stein[4], § 260 Anm.IIa.
2 § 268 Anm.I A 2; ähnlich Petersen[4], § 253 Anm.B8; Seuffert[8], § 260 Anm.2b.
3 ZZP 16, S.496.
4 Eine gute Übersicht über die Verwirrung in der Lehre von der Klagenkonkurrenz gibt Eisele, AcP 79,S.327.

Als erster versuchte Hellwig, mit seiner 1900 erschienenen Monographie "Anspruch und Klagerecht" das Verhältnis der Ansprüche untereinander genauer zu bestimmen und auch prozeßrechtliche Erwägungen in diese Darstellung mit einzubeziehen. Doch auch er vermochte eine Einheit von materiellem Anspruch und prozessualem Anspruch wenigstens auf dem Gebiet der Leistungsklage nicht soweit herzustellen, daß sie allen prozeßrechtlichen Überlegungen standhalten konnte, da er den einzelnen behaupteten materiellen Anspruch mit dem prozessualen Anspruch identifizierte.

Er ging, wie die bereits oben angeführten Autoren, von der Überlegung aus, daß der Anspruchsbegriff der ZPO einheitlich und für alle Klagearten gleichzeitig gültig sein müsse. [1] Der Anspruch der ZPO mußte daher "nicht nur das sich in einer Leistungspflicht des Gegners erschöpfende, sondern jedes Rechtsverhältnis in seiner Wirksamkeit auf eine bestimmte Person umfassen, also z.B. auch das absolute Recht, das Ehescheidungsrecht, das rein prozessuale Recht auf Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils usw." [2] Der Anspruch "in diesem von dem Anspruch des BGB verschiedenen Sinn" war "die aufgestellte Rechtsbehauptung, welche in dem durch den Klagantrag bestimmten Umfang zur Streitsache und zum Gegenstand der rechtskraftfähigen Aburteilung wird." [3]

Hellwig begriff also nicht mehr wie Wach im Rechtsschutzanspruch selbst den Streitgegenstand, [4] sondern sah den prozessualen Anspruch als eigenständigen Terminus für die Prozeßrechtswissenschaft an. Er trennte scharf zwischen dem Rechtsschutzanspruch, den er Klagerecht nannte und nur gegen den Staat richtete, und dem prozessualen Anspruch. Die Rechtsschutzform war für ihn kein Merkmal des Streitgegenstandes mehr. Die von Wach für das Prozeßrecht wiederhergestellte Einheit der actio zerfiel damit endgültig.

Hellwig stellte als erster für den Streitgegenstand heraus,

---

1 Anspruch, S.155,156.
2 a.a.O., S.156.
3 a.a.O., S.156.
4 a.a.O., S.157.

daß es im Prozeß nur um behauptete Rechte geht. [1] Seine Streitgegenstandsauffassung war materiellrechtlich orientiert, doch ist sie schon wegen der Hervorhebung der Rechtsbehauptung als Streitgegenstand prozessual zu nennen, denn sie räumte dem Anspruch der ZPO einen eigenen Gehalt ein, den er vorher nicht besessen hatte.

Bei Hellwig findet sich über die Definition des Streitgegenstandes hinaus ihre praktische Anwendung für den Prozeß. Er bietet als erster ein geschlossenes System für die Bewährungspunkte des Streitgegenstandes. Dabei fällt auf, daß die Rechtsbehauptung weitgehend von den einzelnen Tatbeständen des materiellen Rechts ausgeht und Hellwig im Anschluß an die damalige Prozeßtheorie materiellrechtliche Denkweise in den Prozeß überträgt.

Für die Leistungsklage sind prozessualer und behaupteter materieller Anspruch noch identisch. Eine Anspruchshäufung liegt vor, wenn der Kläger aufgrund verschiedener Rechtsbehauptungen verschiedene Klageanträge stellt und die Gewährung aller verlangt. [2] Dieser Fall ist unproblematisch. Bei einer Klage aus Darlehen und darüber gegebenem Wechsel handelt es sich entsprechend dem Denken in einzelnen materiellen Ansprüchen um eine Anspruchshäufung, [3] ebenso, wenn eine Klage auf Darlehen, hilfsweise Bereicherung, [4] oder eine Herausgabeklage auf Besitz und Eigentum gestützt wird, [5] denn auch hier sind die materiellrechtlichen Ansprüche verschieden. Bei Ansprüchen, die zugleich aus den §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2, 826 BGB resultieren, ist Gesetzeskonkurrenz und damit nur ein Anspruch des Prozeßrechts gegeben, [6] ebenso bei einer Klage aus § 861 und § 1007 BGB. [7]

---

1 Anspruch, S.156; vgl. auch Habscheid, Streitgegenstand, S.67.
2 Lehrbuch III, S.70.
3 Lehrbuch III, S.73.
4 System I, S.322.
5 Lehrbuch III, S.73 Fn.10.
6 Lehrbuch III, S.73; zur Gesetzeskonkurrenz siehe auch Georgiades, Anspruchskonkurrenz, § 10.
7 System I, S.325.

Entscheidend für die Frage der Gesetzeskonkurrenz war die Einheit oder Mehrheit der Tatbestände, die Hellwig danach abgrenzte, ob trotz der Identität des Vorgangs dieser verschiedene materielle Rechte verletzte. [1] So standen dem Vermieter einer Sache, wenn er zugleich Eigentümer war, bei der Beschädigung der Sache zwei verschiedene Ansprüche gegen den Mieter zu. [2] Die Zahl der materiellen und der prozessualen Ansprüche war inhaltlich gleich. [3]

Hellwig ging sogar soweit, daß der einheitliche Antrag zu einer einzigen Leistung nur scheinbar ein solcher sei, vielmehr mehrere Anträge nur gleich lauteten. [4] Er führte zur Klageänderung konsequent die gleichen Beispiele an, [5] ebenso bei der Einrede der Rechtshängigkeit. [6] Auch seine Auffassung von der materiellen Rechtskraft ist in sich konsequent und beruht auf der einheitlichen Auffassung des behaupteten materiellen Anspruchs als prozessualem Anspruch der Leistungsklage. [7] Die Rechtskraft präkludiert alles Vorbringen der Parteien, soweit es sich auf Tatsachen stützt, die bis zur Tatsachenverhandlung des Vorprozeses eingetreten sind. Auf solche Tatsachen kann eine zweite Klage mit demselben Begehren, das sich auf denselben materiellen Anspruch bezieht, nicht gestützt werden. [8] Ist jedoch ein rechtlicher Gesichtspunkt außer acht gelassen worden, so steht die Rechtskraft einer neuen Klage nicht entgegen.

Der Mangel in Hellwigs Ansicht liegt darin begründet, daß jeder einzelne materielle Anspruch sukzessiv geltend gemacht werden konnte, daß auch in jedem, bei Hellwig zum Teil noch undifferenzierten Fall der materiellen Anspruchskonkurrenz mehrere prozessuale Ansprüche vorlagen und prozeßökonomische Erwägungen nicht zur Geltung kamen. Das Verdienst Hellwigs

---

1 Anspruch, S.98; System I, S.323.
2 Anspruch, S.93,94.
3 System I, S.325.
4 System I, S.325.
5 System I, S.375.
6 System I, S.361.
7 System I, § 231.
8 System I, S.807.

ist jedoch, klar herausgestellt zu haben, daß Gegenstand des Prozesses nur immer ein behauptetes Recht sein kann. Zugleich hat er nochmals dargelegt, daß der materielle Anspruch nicht den gemeinsamen Streitgegenstand aller Klagearten bilden kann, Erkenntnisse, die nach Hellwig in der Streitgegenstandsdiskussion nicht wieder verlorengegangen sind.

Mit Hellwig hat sich der Anspruch des Prozeßrechts als Streitgegenstand mit eigenem Gehalt gegenüber dem materiellen Anspruch durchgesetzt. Es dauerte aber noch einige Zeit, bis das Denken in getrennten Aktionen überwunden war. Zunächst hielt man an einer weitgehend materiellen Orientierung des prozessualen Anspruchs fest und ging mit Hellwig davon aus, daß der gesetzliche Ausdruck "Anspruch" in der ZPO für alle Klagearten zu eng sei. [1] Streitgegenstand war demnach das Rechtsverhältnis, und zwar das privatrechtliche, auf das sich "nach Maßgabe des Antrags die richterliche Tätigkeit unmittelbar beziehen sollte." [2] Der privatrechtliche Anspruch war ein Unterfall des Rechtsverhältnisses.

Nach Hellwig setzte sich besonders Lent mit dem Anspruch des Zivilrechts und des Zivilprozeßrechts auseinander. Er weicht im Ergebnis nicht wesentlich von Hellwig ab. Im Mittelpunkt seiner Lehre, die er erstmals in seiner 1912/1916 erschienenen zweibändigen Monographie "Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeß" vertrat, steht das materielle Recht. Dieses bildet zwar nicht als solches den Streitgegenstand, sondern nur die Behauptung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses. [3] Doch bei Anspruchskonkurrenz, - darin liegt der Fortschritt seiner Untersuchung - liegen nicht mehr mehrere gleichlautende Anträge, sondern nur noch ein einheitlicher Antrag vor. [4] Gleichwohl nimmt Lent eine Klagenhäufung an, da mehrere mate-

---

1 Vgl. Kleinfeller, Zivilprozeß[1], S.284; Weismann, Zivilprozeßrecht, S.62; Gaupp-Stein, vor § 243, Anm. II 4.
2 Gaupp-Stein, § 145 Anm.III.
3 Gesetzeskonkurrenz II, S. 8 f.; vgl. auch ZZP, 57, S. 1 f.; siehe auch die Darstellung der Lehre Lents oben S.21f.
4 Gesetzeskonkurrenz II, S.13 f.; ZZP, 57, S.41

rielle Rechte infrage stehen. [1] Er ist damit noch in dem Denken der elektiven Anspruchskonkurrenz für den Bereich des Prozesses befangen. [2] und übersieht, daß es dem Kläger nicht darum geht, einen ganz bestimmten materiellen Anspruch zugesprochen zu bekommen.

Da Lent bei der Anspruchskonkurrenz von einem einheitlichen Antrag, zunächst noch nicht von einem einheitlichen prozessualen Anspruch spricht, beginnt sich das Auseinanderfallen der Einheit von prozessualem Anspruch und behauptetem materiellen Anspruch der Leistungsklage abzuzeichnen. Mit der weiteren Entwicklung und dogmatischen Untermauerung der zivilrechtlichen Anspruchskonkurrenz vonseiten des Zivilrechts, einem Musterbeispiel für die Begriffsjurisprudenz, die von mehreren selbständigen Ansprüchen redete, wo der "gesunde Laienverstand nur einen einzigen Anspruch sehen konnte", [3] wurde die Trennung von prozessualem und materiellem Anspruch endgültig vollzogen. [4] Die Zivilrechtswissenschaft verstand es nicht, prozessuale Fragen entscheidend bei der Entwicklung der Lehre von der Anspruchskonkurrenz zu berücksichtigen. Sie hat damit wesentlich zu der großen Verwirrung im Streit um den Streitgegenstand beigetragen. Erst in jüngster Zeit wird versucht, die Dogmatik des Anspruchs im Zivilrecht und Prozeßrecht wieder in die "unerläßliche Übereinstimmung" (Nikisch) zu bringen. [5]

Das Unbehagen, in Fällen der Anspruchskonkurrenz mehrere materielle Ansprüche zugleich als verschiedene Streitgegenstände aufzufassen, fand zunächst noch keinen dogmatischen Unterbau in einer Lehre vom prozessualen Anspruch, der unabhängig vom materiellen Recht war. So sahen Förster-Kann [6] den Anspruch des Prozeßrechts ausschließlich als prozessualen Begriff, als das auf Verurteilung, Feststellung oder Rechtsgestaltung ge-

---

1 Gesetzeskonkurrenz II, S.68; ZZP 57, S.13.
2 Vgl. auch Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S.115; später hat Lent seine Meinung geändert, ZZP 65, S.333 f.; JbADR 1939/40, S.214.
3 Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S.6.
4 Besonders Dietz, Anspruchskonkurrenz.
5 So die Arbeiten von Henckel und Georgiades.
6 § 145 Anm. 2aa.

richtete Begehren des Klägers an. Entscheidend für den Streitgegenstand war, wieviele prozessuale Begehren der Kläger anstellte. Näher setzten sie sich jedoch mit dem prozessualen Anspruch nicht auseinander.

Den letzten entscheidenden Schritt zum prozessualen Anspruch mit ausschließlich prozessualem Gehalte machte Rosenberg in der ersten Auflage seines Zivilprozeßrechtslehrbuchs aus dem Jahre 1927. [1] Bei ihm findet sich die erste zusammenfassende grundlegende Darstellung des Streitgegenstandsproblems mit eigenem ausschließlich prozessualem Gehalt sowie der praktischen Bedeutung im Prozeß. In ihr wird der Gedanke überwunden, den prozessualen Anspruch mit dem materiellen Anspruch nach Funktion und Zahl gleichzusetzen.

Rosenberg behielt vom materiellen Anspruch das Leistungsverlangen bei, gab ihm aber eine Richtung auf den Prozeß hin gegen das Gericht und definierte den Streitgegenstand als das "auf rechtskraftfähige Feststellung einer Rechtsfolge gerichtete Begehren, das durch den dargestellten Antrag und den zu seiner Begründung vorgetragenen Sachverhalt gekennzeichnet wird." [2] Die Fälle der Anspruchskonkurrenz boten dadurch keine Schwierigkeiten mehr. Rosenberg konnte dogmatisch seine Ansicht untermauern und prozeßgerechte Lösungen vorweisen.

Wenn auch in Einzelheiten abweichend hat die Prozeßrechtswissenschaft überwiegend den prozessual orientierten Anspruch aufgegriffen und weiter auf der Arbeit Rosenbergs aufgebaut.[3]

Gegen das Begehren als Streitgegenstand wandte sich besonders

---

1 § 87; weiterhin Festgabe für Richard Schmidt, S.256f.; ZZP 57, S.76f.
2 Lehrbuch[1], § 87 II 2 (S.240/241).
3 Seuffert-Walsmann, § 253 Anm. A IV (zu Seuffert-Walsmann siehe auch Habscheid, Streitgegenstand S.35f.); Baumbach[9], Anm.3 vor § 253; Mayer, ZZP 53,S.212; Fischer, ZZP 57, S.340,372, der den prozessualen Anspruch allerdings dem Rechtsschutzanspruch nähert; für einen materiellrechtlich orientierten Streitgegenstand Kleinfeller, AcP 137,S.129; Lent, ZZP 57, S.1f.

Nikisch mit seiner 1935 erschienenen Monographie "Der Streitgegenstand im Zivilprozeß". Er betonte, daß über die Rechtsbeziehung zwischen Kläger und Beklagtem entschieden werde, und der Streitgegenstand könne daher nur durch die Rechtsbehauptung gebildet werden, die der Kläger gegenüber dem Beklagten aufstelle und über deren Richtigkeit das Gericht zu entscheiden habe. [1] Anders aber als bei Hellwig ist die Rechtsbehauptung nicht am bestimmten materiellen Recht orientiert. Auch bei Nikisch bilden mehrere konkurrierende materiellrechtliche Ansprüche nur eine Rechtsbehauptung.

Schwab und Habscheid haben 1954 und 1956 die Streitgegenstandsdiskussion neu belebt und entscheidend zur weiteren Diskussion, aber auch Verwirrung beigetragen. Ihre Arbeiten entstanden nicht, weil das Gesetz nunmehr drei verschiedene Rechtsschutzformen kennt und ein auf alle Klagearten zutreffender Streitgegenstand begrüßenswert ist, sondern weil materiellrechtlich orientierte Theorien den Streitgegenstand nicht befriedigend erklären können. So entfernte sich besonders Schwab völlig vom Wortlaut des Gesetzes und den ursprünglichen Vorstellungen des Gesetzgebers. In Schwabs und Habscheids Gefolge ist der Streit um den Streitgegenstand fast unübersehbar und "unerfreulich" (Nikisch) geworden, doch es macht sich nach der Hervorhebung der ausschließlich prozessualen Theorien die Tendenz breit, den Streitgegenstand wieder mehr am materiellen Recht zu orientieren, [2] worauf jetzt näher eingegangen werden soll.

---

1 Streitgegenstand, S.40f.
2 Siehe oben, S,27f.

## VIII. Der behauptete materielle Anspruch als Gegenstand der Leistungsklage

Das vorläufige Ergebnis dieser Darstellung ist für das Streitgegenstandsproblem, daß aufgrund des aktionenbezogenen Denkens in der gemeinrechtlichen Prozeßrechtswissenschaft und auch der Wissenschaft nach Erscheinen der ZPO der materielle Anspruch als allgemeiner Gegenstand des Verfahrens galt. Materieller Anspruch und prozessualer Anspruch waren identisch. Daß es im Prozeß immer nur um behauptete Rechte gehen kann, wurde nicht besonders hervorgehoben.

Diese Erkenntnis selbst ist keineswegs neu, [1] doch es verdient ausdrücklich festgehalten zu werden, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes und der Vorstellung des Gesetzgebers das materielle Recht Gegenstand des Verfahrens war.

Nunmehr soll untersucht werden, ob die Hinwendung zu einem prozessualen Anspruch ohne materiellrechtliche Beziehung notwendig ist, so, wie sie Habscheid und ganz besonders Schwab unternommen haben. Die Ansichten Schwab und Habscheids können nur dann widerlegt und an ihre Stelle im Einklang mit der Vorstellung des Gesetzgebers materiellrechtlich orientierte Theorien gesetzt werden, wenn diese ebenfalls den vom Gesetz verfolgten Zwecken des Rechtsfriedens und der Prozeßökonomie bei den Bewährungspunkten des Streitgegenstandes gerecht werden. Sonst sind die einzelnen, rein prozessualen Theorien beizubehalten, so bedauerlich es sein mag, daß den Vorstellungen des Gesetzgebers und dem Aufbau des Gesetzes nicht gefolgt werden kann. Der Streit geht dann nur noch darum, welche rein prozessuale Theorie die passende ist.

Jede Streitgegenstandsauffassung sieht sich vor die Aufgabe

---

1 Siehe auch Nikisch, Streitgegenstand, S.45; AcP 154, 281; Habscheid, Streitgegenstand, S.20,21; Henckel, Parteilehre, S.249 f.; Schwab, JuS 1965, S.81.

gestellt, prozeßgerechte Lösungen vorzuweisen und mehrere Prozesse um dieselbe Streitsache zu verhindern. Dem haben die früheren materiellen Theorien nicht oder nur bedingt nachkommen können. Mit der Neuorientierung des materiellen Anspruchsbegriffs[1] erscheint es aber möglich, auch in den Fällen der früheren materiellen Anspruchskonkurrenz von einem einheitlichen Anspruch zu sprechen, der im Rahmen des Antrags als behaupteter materieller Anspruch den Gegenstand des Verfahrens bildet. Die vom Kläger vorgebrachten Tatsachen dienen der Individualisierung des Streitgegenstandes, sind jedoch nicht Teil desselben.[2] Entscheidend ist, ob der Anspruch derselbe bleibt.

Diese Neuorientierung ist zwar noch nicht bis in alle Einzelheiten vollzogen und bedarf noch mancher Klärung, doch im Prinzip ist sie anzuerkennen und durchführbar. Sie bietet prozeßgerechte Lösungen bei allen Bewährungspunkten des Streitgegenstandes.[3]

Dem behaupteten materiellen Anspruch als Gegenstand der Leistungsklage steht nicht entgegen, daß in allen Fällen echter Verschiedenheit der materiellen Ansprüche, etwa bei Kauf und Anerkenntnis, Herausgabeanspruch aus Vertrag und Eigentum, Kaufpreisanspruch und Bereicherungsanspruch letztlich nur ein wirtschaftliches Ziel erstrebt wird. Dieses einheitliche Ziel vermag nicht, auch einen einheitlichen Streitgegenstand für diese nur scheinbar einheitlichen Ansprüche zu begründen.

Verlangt der Kläger unter Anführung der notwendigen Tatsachen eine Sache sowohl aus Eigentum als auch Vertrag vom Beklagten, so liegen nach materiellem und auch nach Prozeßrecht zwei verschiedene Ansprüche vor. Diese werden eventuell oder alternativ kumuliert.[4] Die Möglichkeit einer eventuellen oder alternativen Kumulation haben Nikisch[5], Habscheid[6] und

---

1 Siehe oben, S. 8 ; unten, im folgenden.
2 Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S.246.
3 Siehe die Durchführung bei Georgiades, a.a.O., S.242.
4 So auch Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S.251.
5 AcP 154, S.285.
6 Streitgegenstand, S.252 f.

Henckel [1] gegen die Ansicht Schwabs [2] überzeugend nachgewiesen.

Dies gilt auch für die Klage aus Wechsel und Grundgeschäft, Anerkenntnis und Grundgeschäft. Die Ansprüche aus Vertrag und Bereicherung schließen sich gegenseitig aus. Der Kläger kann jedoch beide Ansprüche alternativ geltend machen.

Entsprechend liegt bei Wechsel von einem Anspruch auf den anderen Klagenänderung vor.

Die Einrede der Rechtshängigkeit kommt im Zweitprozeß nicht zum Zuge, da die Prozesse einen verschiedenen Streitgegenstand haben. Daß der Beklagte u.U. doppelte Prozeßkosten zu tragen hat, ergibt sich daraus, daß er die verschiedenen letztlich auf das gleiche Ziel gerichteten Ansprüche bestritten hat. [3] Eine zweifache Vollstreckung ist ausgeschlossen, da die Erfüllung eines Anspruchs den anderen zum Erlöschen bringt.

Bei der Rechtskraft sind zwei Fälle zu trennen; einmal, daß der Klage stattgegeben, zum anderen, daß sie abgewiesen wird. Im ersten Fall bezieht sich die Rechtskraft nicht auf den anderen Anspruch, da über diesen das Urteil nichts aussagt. Es fehlt aber am Rechtsschutzinteresse für eine zweite Klage. [4]

Im zweiten Fall bezieht sich die Rechtskraft nur auf den geltend gemachten Anspruch und nicht auf den anderen, denn dieser ist nicht abgewiesen worden. Hat der Kläger aber diesen Anspruch bereits alternativ oder eventuell gehäuft und nur ein Anspruch ist abgewiesen worden, während das Gericht den anderen Anspruch gar nicht geprüft hat, so steht einer erneuten Klage unter Hervorhebung des anderen Anspruchs die Rechtskraft entgegen, denn auch wenn das Gericht den Anspruch nicht geprüft hat, so war er doch rechtshängig geworden. Der Kläger hat ihn zur Überprüfung gestellt, und insoweit ist über den Anspruch entschie-

1 Parteilehre, S.290.
2 Streitgegenstand, S.84.
3 Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S.252.
4 Vgl. auch Georgiades, a.a.O., S.259.

den worden. Das Urteil mag unrichtig sein, doch um dies auszuräumen, gibt es die Rechtsmittelinstanz. Das Übersehen einer anwendbaren Norm, eines rechtlichen Gesichtspunktes und des zweiten rechtshängig gewordenen Anspruchs sind gleichzusetzen. Es ist übertriebener Formalismus, wenn Georgiades wegen des Unterschieds von rechtlichem Gesichtspunkt und zweitem auf das gleiche Ziel gerichteten Anspruch den Einwand der Rechtskraft versagt. [1] Das rechtskräftige Urteil verbraucht all die Tatsachen, die sich auf den abgeurteilten Anspruch beziehen. Das sind alle die Tatsachen, die bis zur letzten mündlichen Verhandlung vorhanden waren und hätten vorgetragen werden können. Dies ist im Interesse des Rechtsfriedens notwendig.

Bei dem Streitgegenstand des besonderen Gerichtsstandes ist Baur zu folgen, daß das angerufene Gericht kraft Sachzusammenhang auch für die anderen rechtlichen Gesichtspunkte ebenfalls zuständig ist, sofern sie einen einheitlichen Anspruch bilden. [2]

Damit wäre für den Bereich der Leistungsklage, der wichtigsten Rechtsschutzform, ein Begriff des prozessualen Anspruchs gewonnen, der unter Hervorhebung der Tatsache, daß es im Prozeß immer nur um behauptete Ansprüche geht, mit dem Gesetzeswortlaut und der Vorstellung des Gesetzgebers im Einklang steht und sich am materiellen Recht orientiert. Dieser Begriff ist jedoch nicht nur das Ergebnis einer subjektiven Auslegung, sondern er wird zugleich auch dem Zweck des Gesetzes gerecht. Er führt aber dazu, für die Feststellungs- und Gestaltungsklage eigene Begriffe des Streitgegenstandes zu bilden.

Entsprechend der materiellrechtlichen Orientierung und Neubestimmung des Anspruchsbegriffs wäre Streitgegenstand der Feststellungsklage das behauptete materielle Recht oder Rechtsverhältnis bezw. das vom Gegner behauptete materielle Recht.

Besonderheiten ergeben sich bei der Gestaltungsklage. Ein

---

1 Anspruchskonkurrenz, S.261.
2 Festschrift für Hippel, S. 1f.

materielles Recht auf Gestaltung kann nicht Streitgegenstand sein, wie Henckel nachgewiesen hat. [1] Streitgegenstand der Gestaltungsklage könnte demnach der Gestaltungsantrag und der behauptete Gestaltungsgrund sein. [2]

Damit gäbe es keinen einheitlichen Streitgegenstandsbegriff mehr, der für alle Rechtsschutzformen Gültigkeit hätte.

Es erscheint zweifelhaft, ob die Bildung dreier zwar im Einklang miteinander stehender, aber doch verschiedener Streitgegenstände für die einzelnen Rechtsschutzformen zulässig ist. Nachdem der materielle Anspruch so, wie er damals verstanden wurde, sich für alle Klagearten als Streitgegenstand als unbrauchbar erwiesen hatte und da daran auch heute festzuhalten ist, hatten andeutungsweise Wach und dann besonders Hellwig bereits gefordert, der Streitgegenstand müsse sich auf alle Klagearten beziehen, da die allgemeinen Vorschriften für alle diese Klagearten Gültigkeit besäßen. Hellwig vermochte seiner eigenen Forderung dadurch nachzukommen, daß er die Behauptung eines materiellen Rechts, und zwar auch bei der Gestaltungsklage, als Streitgegenstand ansah. Das entspricht jedoch nicht dem Wesen der Gestaltungsklage. Später führte seine Forderung, die immer wieder aufgegriffen wurde, dazu, als Streitgegenstand entweder das Begehren oder die farblose Rechts- bezw. Rechtsfolgebehauptung zu begreifen, wenn sie auch nicht der Hauptgrund für die Hinwendung zu den prozessualen Theorien,, dieser vielmehr das Problem der Anspruchskonkurrenz war.

Es sei jedoch die Frage gestellt, warum der Streitgegenstandsbegriff für alle Klagearten einheitlich sein und gleichzeitig auf alle Klagearten zutreffen muß. [3] Für eine einheitliche Bestimmung des Streitgegenstandes aller Rechtsschutzformen scheint der Wortlaut des Gesetzes zu sprechen, das den Streitgegenstand in den allgemeinen Vorschriften auf alle Klagearten

1 Parteilehre, S.31 f.
2 Henckel, Parteilehre, S.35,286.
3 Dies fordern besonders Nikisch,Streitgegenstandm S.42; Schwab, Streitgegenstand, S.73; Rosenberg, Lehrbuch, S.416; siehe oben S.5.

bezieht. Das läßt aber außer acht, daß das Gesetz nur von einer einzigen Rechtsschutzform, nämlich der Verurteilungsklage mit einem dieser zugrundeliegenden Anspruch des Klägers ausgeht. Der Gesetzeswortlaut zwingt nicht dazu, da die Besonderheit der Gestaltungs- und Feststellungsklage erkannt ist, die verschiedenen Rechtsschutzformen einheitlich zu behandeln, denn als Streitgegenstand der Verurteilungsklage läßt sich entsprechend der gesetzgeberischen Vorstellung der materielle Anspruch beibehalten, während der Besonderheit der Gestaltungs- und Feststellungsklage mit einem besonderen Streitgegenstandsbegriff dieser Klagearten Rechnung getragen werden kann. [1] Aus § 307 ZPO ergibt sich nichts Gegenteiliges. Gerade diese Vorschrift ist nur auf die Verurteilungsklage zugeschnitten, obwohl sie ursprünglich den allgemeinen Vorschriften zuzurechnen ist.

So bleibt als einziges Argument zugunsten eines einheitlichen Streitgegenstandes, daß ein solcher besser und einfacher anwendbar sein könnte als drei verschiedene Streitgegenstandsbegriffe für die verschiedenen Rechtsschutzformen. Erweisen sich die von der Lehre entwickelten Oberbegriffe als wirklich vorteilhaft, so ist zwischen der materiellrechtlichen Orientierung mit ihren drei verschiedenen Streitgegenstandsbegriffen, die sich im Einklang mit dem Gesetz und seinen Intentionen befinden und diesem einheitlichen Streitgegenstand, der nicht am materiellen Recht ausgerichtet ist, abzuwägen.

Als solche Oberbegriffe sind das Begehren und die Rechtsbehautpung bezw. Rechtsfolgenbehauptung bekannt. [2]

Das Begehren gibt dem Streitgegenstand abweichend vom Wortlaut des Gesetzes eine Beziehung des Klägers zum Gericht. Es vernachlässigt die Beziehung zum Gegner, die für den Streitgegenstand der Leistungs- und Feststellungsklage wesentlich ist. Allein, daß der Kläger gegen den Beklagten kein materielles Recht auf Gestaltung hat, läßt es nicht gerechtfertigt erscheinen, die Beziehung zum Gericht auch auf die anderen

1 Siehe auch Henckel, Parteilehre, S.282.
2 Siehe oben, S. 30f.

Rechtsschutzformen zu übertragen. [1]

Gegen die Rechtsbehauptung als Streitgegenstand ist einzuwenden, daß sie zwar der Leistungs- und Feststellungsklage gerecht werden kann, sieht man in dem Begriff "Recht" den Anspruch und auch das Rechtsverhältnis der Feststellungsklage enthalten, doch bei der Gestaltungsklage muß sie versagen, setzt sie doch ein subjektives privates Gestaltungsrecht voraus. Dieser Schwierigkeit begegnet die Rechtsbehauptung im Sinne der Rechtsfolgebehauptung, wie sie Habscheid versteht, da sie sich nicht auf bestimmte Rechte beruft. Sie ist als solche jedoch farblos, besagt eigentlich nichts und zwingt dazu, ohne Berücksichtigung des materiellen Rechts den Streitgegenstand entsprechend den verschiedenen Rechtsschutzformen rein prozessual abzugrenzen.

Sämtlichen einheitlichen Bestimmungen des Streitgegenstandes ist gemeinsam, daß bei den verschiedenen Rechtsschutzformen doch deren Besonderheiten Rechnung getragen werden muß. Das zeigt sich am deutlichsten bei Rosenberg, der als Gegenstand der Feststellungsklage das Rechtsverhältnis, gemeint kann nur sein das materielle Rechtsverhältnis, ansieht. [2]

So haften den einheitlichen Bestimmungen des Streitgegenstandes nicht unerhebliche Mängel an. Ihre Vorteile sind nicht so groß, daß sie eine grundsätzliche Ablehnung der materiellen Theorie für die Leistungs- und Feststellungsklage und damit dreier verschiedener Streitgegenstände der einzelnen Rechtsschutzformen rechtfertigen. Die materielle Theorie bringt die Dogmatik des Anspruchs sowohl im Zivilrecht als auch im Prozeßrecht in die unerläßliche Übereinstimmung.

---

1 Siehe auch Nikisch, Streitgegenstand, S. 40f.; Habscheid, Streitgegenstand, S.137f.
2 Lehrbuch, § 88 II 1 c.

## IX. Der Streitgegenstand als immanentes Problem

Die Vielfalt der Meinungen, die hier vorgenommene Bestimmung des Streitgegenstandes in enger Anlehnung an das Gesetz sowie die Bemerkung Schwabs [1], der Streitgegenstand sei eine Erscheinung, die im Wesen des Zivilprozesses begründet sei, die der Gesetzgeber vorfinde, die zu beschreiben er versuchen solle, die er aber nicht im eigentlichen Sinne schaffen könne, geben Anlaß, die Frage nach dem Streitgegenstand als einem jeder Prozeßordnung immanenten Problem zu stellen.

Schwab ist dahin zuzustimmen, daß jeder Prozeß gleich welcher Prozeßordnung einen Streitgegenstand besitzt und der Gesetzgeber ihn nicht im eigentlichen Sinn schaffen kann. Doch damit ist noch nichts darüber gesagt, ob der Gesetzgeber ihn nicht näher zu bestimmen und festzulegen vermag, ob der Streitgegenstand zwar ein immanentes Problem, nach den verschiedenen Prozeßordnungen aber nicht jeweils ein anderer ist. Deshalb soll kurz die Behandlung des Streitgegenstandes in außerdeutschen Prozeßordnungen gestreift werden. [2] Dabei fällt auf, und das verdient ausdrücklich hervorgehoben zu werden, daß dem Streitgegenstand außerhalb Deutschlands nicht die gleich große Bedeutung beigemessen wird.

### 1. Der Streitgegenstand nach den Prozeßordnungen Österreichs und der Schweiz [3]

Die österreichische ZPO von 1895 weist mancherlei Gemeinsamkeiten mit der deutschen ZPO auf. Sie verwendet sowohl den

---

1 Streitgegenstand, S.5.
2 Eine ausführliche rechtsvergleichende Darstellung des Streitgegenstandsproblems wäre begrüßenswert, würde aber den Rahmen dieser Arbeit sprengen.
3 Über die Zugehörigkeit der Schweizer und österreichischen Kodifikationen zur deutschen Rechtsfamilie Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S.488 f., 335 f.

Begriff des Streitgegenstandes [1] als auch für den Streitgegenstand den des Anspruchs. [2] Galt ursprünglich der materielle Anspruch als Streitgegenstand, [3] so ist im Gefolge der deutschen Diskussion der letzten Jahre der Streitgegenstand einer Prüfung unterzogen worden, die aber kein vergleichbares Ausmaß erreicht hat. Den größten Schritt zu einem rein prozessualen Streitgegenstand machte Fasching, der als Streitgegenstand bei der Klagenhäufung, Klageänderung und Einrede der Rechtshängigkeit nur das aus dem Sachvortrag des Klägers abgeleitete Begehren ansieht, ohne daß es auf Normen des materiellen Rechts ankommt. [4] Anlaß für diese prozessuale Betrachtung ist nicht das Problem der Anspruchskonkurrenz, das in dem Sinn wie in Deutschland nicht näher erörtert wird, [5] sondern die Forderung nach Prozeßökonomie. Allerdings ist bei Fasching der Anspruch, dessen Entscheidung in Rechtskraft erwächst (§ 411 ZPO), anders geartet als bei der Klagenhäufung, Klageänderung und Rechtshängigkeit. Anspruch des § 411 ZPO ist das vom G e r i c h t rechtlich qualifizierte Sachbegehren, das durch den festgestellten rechtserzeugenden Sachverhalt individualisiert wird. [6] Damit greift Fasching bei der Rechtskraft auf materiellrechtliche Gesichtspunkte zurück. Diese behält Novak bei allen Bewährungspunkten des Streitgegenstandes bei und wehrt sich gegen einen rein prozessual bestimmten Streitgegenstand. Er geht von einem bestimmten materiellen Recht als Streitgegenstand aus. [7]

Das Schweizerische Bundesgericht orientiert den Streitgegenstand weitgehend materiellrechtlich. [8] Doch ebenfalls im An-

---

1 § 54 JN.
2 §§ 226, 227, 233, 411 ZPO.
3 Pollak, System, S.280; Neumann, Kommentar I, § 54, S.150.
4 Vor § 54 JN; vor § 222 ZPO Anm.32; ähnlich Kralik, ÖJZ 1958, S. 7f.
5 Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S.53 mit Nachweisen.
6 § 411 Anm. 17.
7 Jbl 1962, S.510.
8 BGE 56 II, S.206; 67 II, S.74: Es sei eine doktrinäre Überspannung als Streitgegenstand etwas anderes als das materielle Recht anzusehen; 75 II, S. 288; siehe aber auch BGE 54 II, S.135, wo der Streitgegenstand mehr prozessual bestimmt wird; für einen materiellrechtlichen Streitgegenstand Krummer, Klagerecht, S. 66; zur Schweizer Lehre siehe auch Habscheid, Streitgegenstand, S.24 Fn.22.

schluß an die Diskussion in Deutschland vertritt Guldener die Ansicht, der Streitgegenstand bestimme sich nach dem Begehren und dem Sachverhalt, auf den sich das Begehren stützt. Auf die rechtliche Qualifizierung komme es nicht an, diese spiele nur bei der Klage auf Feststellung eines individualisierten Rechts eine Rolle. [1] Die Anspruchskonkurrenz bietet keine Veranlassung zu einer eingehenden Behandlung des Streitgegenstandes. Sie gilt als eine elektive Konkurrenz, bei der der Berechtigte die Möglichkeit hat, sich alternativ auf die mehreren Normenkomplexe zu berufen. [2] Nach der materiellen Betrachtungsweise kann der Kläger bei Abweisung der Klage eine neue Anspruchsnorm mit demselben Begehren anführen, ohne daß der Einwand der Rechtskraft entgegensteht.

2. Der Streitgegenstand nach französischem Recht.

Der Gegenstand des Verfahrens nach dem Code de procédure civile wurde zwar bereits unter dem Gesichtspunkt besprochen, daß französisches Prozeßrecht im 19. Jahrhundert zur Anwendung kam. [3] Gleichwohl soll nochmals kurz das französische Recht gestreift werden, da seit der Anwendung französischen Rechts in Deutschland bereits über hundert Jahre der Weiterentwicklung des Rechts vergangen sind.

Auch die heutige französische Rechtswissenschaft und Praxis befaßt sich kaum mit dem Begriff des Streitgegenstandes (objet de litige), sowie er sich in Deutschland entwickelt hat. Bezeichnend für die französische Doktrin ist die Besprechung der Streitgegenstandslehre Schwabs durch Holleaux. [4]

Dieser hält die deutschen Bemühungen um die Klärung des Streitgegenstandsproblems für ein übertriebenes Ringen um dogmatische Konstruktion. Er weist darauf hin, daß die französische Praxis und Lehre wenig von einer begrifflichen Abstraktion und Genera-

1 Lehrbuch, S.167,168; ZSR 80, S.18.
2 Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S.55 mit Nachweisen.
3 Siehe oben S. 79 f.
4 Revue Internationale de droit comparé 1955, S.881f.

lisierung hält. Es entspreche der französischen Konzeption von materiellem und Prozeßrecht, wenn das materielle Recht als Streitgegenstand angesehen werde. Die Trennung von materiellem und prozessualem Recht sei im französischen Recht unvorstellbar. Auch wenn sich im Einzelfall für die Rechtsprechung Schwierigkeiten ergäben, so seien diese sachgerecht nach praktischen Gesichtspunkten zu lösen, ohne ein konstruiertes dogmatisches Gedankengebäude zu errichten. Die deutsche Zivilprozeßrechtswissenschaft übersehe, und darin liege der Gegensatz zur mehr praktisch orientierten französischen Doktrin, daß man die den Streitgegenstand betreffenden Probleme im jeweiligen Einzelfall zu entscheiden habe.

Daß der Streitgegenstand, sofern er sich überhaupt als Problem darstellt, im französischen Recht nur materiellrechtlich bestimmt wird, hat neben dem Verzicht auf begriffliche Abstraktion eine andere Ursache darin, daß der Begriff des Anspruchs als eines abstrakten Leistungsrechts nach § 194 BGB aufgrund des frühen Inkrafttretens des Code civil dem französischen Recht fremd ist. [1] Stattdessen wendet das französische Recht die Begriffe "subjektives Recht" (droit subjectif) und actio, Klagerecht (action) an. Das subjektive Recht begründet den Rechtsschutz, der durch das Klagerecht verwirklicht wird. [2] Die action ist das Bindeglied zwischen Zivilrecht und Prozeßrecht. Sie begründet die Einheit von materiellem Recht und Prozeßrecht.

Die Frage der für den Streitgegenstand so wichtigen Rechtskraft ist im Zivilrecht geregelt. Nach Art. 1351 CC bewirkt die Rechtskraft eines Urteils nur dann eine Absorption jeder anderen Klage, wenn neben der Identität der Parteien auch Identität des Objektes und des Klagegrundes vorliegt. Jede Gesetzesvorschrift, sofern sie in unserem Sinne einen Anspruch gibt, gewährt auch ein spezifisches Klagerecht, das sich von jedem anderen unterscheidet, auch wenn es auf das gleiche

---

1 Zu diesem Fehlen Zachariae-Crome, Handbuch I, § 134.

2 Zum Begriff des subjektiven Rechts und des Klagerechts in der französischen Doktrin Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S.35 f. mit Nachweisen.

Ziel gerichtet ist. [1] So kann sich nach rechtskräftiger Abweisung einer Klage der Gläubiger immer wieder auf eine neue Gesetzesbestimmung berufen.

### 3. Der Streitgegenstand nach italienischem Recht

Das italienische Recht trennt ebenfalls zwischen dem subjektiven Recht und der actio. Der Windscheid'sche Anspruchsbegriff wurde zwar viel besprochen, doch überwiegend abgelehnt, da er sachlich nichts Neues brachte. [2] Der Begriff der actio wird, obwohl ein gesetzlicher Terminus, uneinheitlich gedeutet. [3] So reicht die Skala der Ansichten vom "privatrechtlich zu denkenden Kannrecht" ohne Beziehung zum subjektiven Recht über die actio als "konkreten Inhalt des subjektiven Rechts" und das "einzige wirklich dem einzelnen zustehende Recht" bis zur actio als abstraktem Klagerecht.

Der prozessuale Anspruch ist grundsätzlich am materiellen Recht orientiert. Bei Konkurrenz der Aktionen liegen mehrere prozessuale Ansprüche vor. Die Individualität der actiones steht einer einheitlichen Betrachtung des Streitgegenstandes für alle konkurrierenden Rechte entgegen. Nur wenn der Kläger alle Tatsachen vorträgt und auf eine rechtliche Einordnung verzichtet, bilden alle konkurrierenden Rechte den Streitgegenstand. Wenn er aber nur ein bestimmtes Recht geltend macht, so ist dieses Gegenstand des Verfahrens. Das gilt für alle Bewährungspunkte des Streitgegenstandes. [4]

---

1 Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S.43.
2 de Boor, Der Begriff der actio, S.105.
3 de Boor, a.a.O.; Georgiades, a.a.O., S.45 mit Nachweisen.
4 Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S.49. Das angelsächsische Recht bietet nur wenige Ansatzpunkte für eine Streitgegenstandsdiskussion, da im Rechtsprechungsrecht die Rechtsnormen eine vom sonstigen europäischen Recht abweichende Struktur haben (zur Struktur des angelsächsischen Rechts David-Grasmann, Einführung, S.349f.) War usprünglich das englische Writ (dazu Peter, actio und writ, S.31f.), das der actio des römischen Rechts entsprach, der Gegenstand des Verfahrens, so führt das System des case law dazu, jeweils von Fall zu Fall den Gegenstand des Verfahrens zu bestimmen.
Zum älteren amerikanischen Recht Habscheid, Streitgegenstand, S. 108.

4. Folgerungen

Die kurze Betrachtung des Streitgegenstandes in außerdeutschen Prozeßordnungen und die Darstellung des Streitgegenstandes im gemeinen Recht und in der AGO zeigen, daß eigentlich keine Prozeßwissenschaft am Streitgegenstand vorbeigehen und davon absehen kann, sich mit ihm zu beschäftigen. Der Streitgegenstand aller Rechtsordnungen ist jedoch nicht gleichartig. Dafür sind zweierlei Gründe maßgebend, einmal die unterschiedliche Prozeßstruktur, zum anderen das Verhältnis vom materiellen Recht und Prozeßrecht.

Eine Prozeßordnung, die auf der Offizialmaxime aufbaut, wird den Streitgegenstand immer über das einzelne materielle Recht hinausgehend begreifen, da der Richter nicht nur sämtliche auf ein Ziel gerichteten rechtlichen Gesichtspunkte, sondern auch andere Ansprüche des Klägers überprüfen muß, soweit sich Anzeichen für sie im Laufe des Prozesses ergeben und sie dem erstrebten Ziel des Klägers entsprechen. [1] Dabei ist der Kläger auf die Möglichkeit einer Antragsänderung hinzuweisen. Schwabs Streitgegenstandsdefinition kommt dem Streitgegenstand bei einem Prozeß mit Offizial maxime nahe; sie befindet sich aber nicht im Einklang mit dem geltenden Recht. [2]

In einem Verfahren mit der Offizialmaxime bestimmt nicht nur der Kläger den Streitgegenstand, - das tut er nur insofern, als er einen Antrag stellt und Tatsachen vorträgt, die den Antrag rechtfertigen sollen, - sondern der Richter legt im Laufe des Prozesses den Gegenstand des Verfahrens endgültig fest. Wegen der Verschiedenartigkeit der materiellen Ansprüche kann der Streitgegenstand nur bedingt am materiellen Recht orientiert werden. Gilt darüber hinaus auch die Inquisitionsmaxime, so gestaltet sich hierbei der Streitgegenstand ebenfalls zu einem Problem, da eine Grenze gezogen werden muß, wie weit das Gericht in der vom Kläger angegebenen Richtung neue Tatsachen ermitteln kann.

1 Auf die enge Verbindung von Prozeßmaxime und Streitgegenstand hat besonders Jauernig, Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, hingewiesen.
2 Zur Reformdiskussion 1933-1945, Jauernig, a.a.O., S.10 f.

Denkbar wäre, daß ein Prozeßgesetz den Streitgegenstand bei seinen Bewährungspunkten auf eine einzelne bestimmte "Rechtsfrage" beschränkt, über die sich die Parteien zu Beginn des Prozesses im klaren sein müssen. Doch dann stellte sich die Frage, ob diese Abgrenzung prozeßgerecht wäre, und schon bald würde, wie es sich ähnlich bei der ZPO gezeigt hat, zur Diskussion stehen, ob die "Rechtsfrage" neu definiert werden muß. Eine Streitgegenstandsdefinition durch das Gesetz, die keinerlei Abgrenzungsschwierigkeiten mehr mit sich bringt, ist nicht möglich.

Die ZPO geht von der Dispositionsmaxime aus. Allein der Kläger bestimmt den Streitgegenstand. Ob dieser jedoch materiellrechtlich orientiert ist oder nicht, richtet sich nach dem Verhältnis von materiellem und Prozeßrecht und der Übertragbarkeit materiellrechtlicher Begriffe ins Prozeßrecht, so daß der Streitgegenstand nicht schon aufgrund einer Einheit von materiellem Recht und Prozeßrecht materiellrechtlicher Natur ist.

Die heutige Prozeßrechtswissenschaft trennt scharf zwischen beiden Bereichen. Nur wenn der Anspruch des Zivil- und des Prozeßrechts so verstanden werden kann, daß alle rechtlichen Gesichtspunkte berücksichtigt werden, kann er im Einklang mit dem Gesetz materiellrechtlich orientiert sein. Ansonsten wäre der Anspruch des Prozeßrechts ausschließlich prozessual zu bestimmen. Daß eine einheitliche Auffassung vom Anspruch möglich ist, haben Henckel und besonders Georgiades nachgewiesen.

Das französische und italienische Recht kennen nicht die strenge Trennung von materiellem und Prozeßrecht. Solange die materielle actio das Bindeglied zwischen beiden Rechtsbereichen bildet und die Bewährungspunkte des Streitgegenstandes wie im französischen Recht teilweise dem materiellen Recht zugeordnet sind, ist der Streitgegenstand materiellrechtlich orientiert. Aber in dem Maß, wie prozeßökonomische Gesichtspunkte zur Geltung kommen, stellt sich die Frage nach einer Definition des Streitgegenstandes und seiner Abgrenzung, um so mehr, wenn

er gar als Terminus im Gesetz auftauchen sollte. Auch wenn eine Rechtswissenschaft auf begriffliche Abstraktion und Generalisierung verzichtet, bleibt der Streitgegenstand als eigentliches Problem dennoch bestehen, denn dann wird er im Einzelfall, der zur Entscheidung gelangt, bestimmt und es stellt sich die grundsätzliche Frage, was Gegenstand des Zivilprozesses ist. Die globale Antwort, der Streitgegenstand sei materiellrechtlicher Natur, ist so lange farblos als er nicht genau abgegrenzt wird. Gilt nur die einzelne actio als Streitgegenstand, so wird sie der Prozeßökonomie nicht gerecht. Wird diese aber bei den Bewährungspunkten des Streitgegenstandes sachgemäß berücksichtigt, ist in Wahrheit die einzelne actio nicht mehr Gegenstand des Verfahrens, sondern dieser wird mehr prozessual bestimmt. So ist der Streitgegenstand auch in Prozeßordnungen, die auf begriffliche Abstraktionen keinen so großen Wert legen, ein immanentes Problem. Von daher beruht die umfangreiche deutsche Streitgegenstandsdiskussion nicht auf einer übertriebenen Freude an dogmatischen Konstruktionen. Daß die deutsche Prozeßrechtswissenschaft sich sehr um eine Klärung des Begriffes "Streitgegenstand" in der ZPO bemüht hat, gereicht ihr nicht zum Vorwurf.

Als Ergebnis dieses Kapitels sei festgehalten, daß der Streitgegenstand ein jeder Prozeßordnung immanentes Problem ist.

## X. Zusammenfassung

Die Arbeit hat die Entwicklung von der actio Savignys zum Anspruch des Prozeßrechts aufgezeigt. Zugleich spiegelt sie die Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht wider.

Solange die actio das Bindeglied zwischen materiellem und Prozeßrecht war, galt die einzelne actio als Gegenstand des Verfahrens, ohne daß dieser einer besonderen Prüfung unterzogen wurde. Mit der Loslösung der prozessualen Elemente der actio und der Schaffung des materiellrechtlichen Anspruchsbegriffs durch Windscheid stellte sich für die Prozeßrechtswissenschaft, die dann durch Bülow wirklich eigene Substanz erhielt, und den Gesetzgeber die Frage nach dem Gegenstand des Verfahrens. Während die Wissenschaft sich mit dem Streitgegenstand zunächst nicht näher beschäftigte, setzte der Gesetzgeber in der ZPO an die Stelle der actio den materiellen Anspruch und verstand diesen als Streitgegenstand. Erst als der Rechtsschutzanspruch die Einheit der actio auf dem Gebiete des Prozeßrechts wiederhergestellt hatte und sich die Erkenntnis durchsetzte, daß Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklage verschiedene Rechtsschutzformen sind, auf die in ihrer Gesamtheit der materielle Anspruch als Gegenstand des Verfahrens nicht zutreffen kann, wurde die Streitgegenstandsdiskussion ausgelöst. Streitgegenstand der Leistungsklage blieb jedoch der einzelne behauptete materielle Anspruch. Das Problem der materiellen Anspruchskonkurrenz führte dann dazu, den Anspruch der ZPO prozeßrechtlich zu bestimmen und wieder auf alle Klagearten auszudehnen. Die Anspruchsdogmatik des Zivil- und des Prozeßrechts fiel auseinander.

Der Begriff des materiellen Anspruchs, der mit der Neuorientierung der Anspruchskonkurrenz alle rechtlichen Gesichts-

punkte erfaßt, stellt die Einheit dieser Dogmatik wieder her und vermag unter Verzicht auf einen einheitlichen Streitgegenstand aller Rechtsschutzformen im Einklang mit dem Wortlaut und Zweck des Gesetzes die Diskussion um den Streitgegenstand wieder in ruhigere Bahnen zu lenken.

Weiter hat die Arbeit gezeigt, daß der Streitgegenstand ein jeder Prozeßordnung immanentes Problem und nicht nur der ZPO eigentümlich ist.

Lebenslauf

Am 27. 4. 1942 wurde ich in Vechta ( Oldenburg ) als Sohn des praktischen Arztes Dr. med. Konrad Lenze und seiner Ehefrau Agnes, geb. Kuhlenbäumer aus Bakum bei Vechta geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Von Ostern 1948 bis Ostern 1952 besuchte ich die Volksschule in Bakum, von Ostern 1952 an den altsprachlichen Zweig des Gymnasiums Antonianum in Vechta, an dem ich am 2. 3. 1961 die Reifeprüfung bestand. Im Sommersemester 1961 begann ich an der Universität Freiburg mit dem Studium der Philologie ( Deutsch, Latein ) und wechselte daselbst im Wintersemester 1961/62 zum Studium der Rechtswissenschaften über. Nach dem Sommersemester 1962 in Freiburg studierte ich im Wintersemester 1962/63 an der Universität Köln, ab Sommersemester 1963 dann an der Universität Münster.

Am 18. 3. 1966 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Oldenburg die erste juristische Staatsprüfung ab. Im Mai 1966 begann ich mit dem juristischen Vorbereitungsdienst im Bereich des Oberlandesgerichts Oldenburg.

Am 26. 3. 1971 bestand ich vor dem Landesjustizprüfungsamt bei dem Niedersächsischen Ministerium der Justiz in Hannover die große juristische Staatsprüfung.

*Druck: Kurt Urlaub, Offsetdruckerei, Bamberg*